Das Prinzip der Unmittelbarkeit im Strafprozess und seine Anwendung.

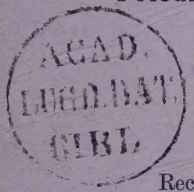
Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen



vorgelegt von

Anton Jahn
aus München,
Rechtspraktikant am kgl. Amtsgericht München I.

Approbiert am 1. November 1902.

Erlangen.
Kgl. bayer. Hof- u. Univ.-Buchdruckerei von Junge & Sohn.
1903.

113

Seinen lieben Eltern

in herzlichster Dankbarkeit

gewidmet.

Litteratur-Verzeichnis.

A. Lehrbücher, Kommentare und Monographien.

1. Abegg, Lehrbuch des gemeinen Kriminalprocesses mit besonderer Berücksichtigung des preussischen Rechts. Königsberg 1833.
2. Bennecke, Lehrbuch des deutschen Reichs-Strafprozessrechts. Breslau 1895.
3. Binding, Grundriss des deutschen Strafprozessrechts. Leipzig 1880.
4. Birkmeyer, Deutsches Strafprozessrecht. Berlin 1898.
5. Dochow, Der Reichs-Strafprocess. Berlin und Leipzig 1880.
6. Fuchs, Das Hauptverfahren in erster Instanz, bei Holtzendorff II S. 1.
7. Geyer, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprozessrechts. Leipzig 1880.
8. Glaser, Handbuch des Strafprozesses. I Leipzig 1883. II Leipzig 1885.
9. Hedinger, Verhältnis von Anklage und Urteil (Diss.). Stuttgart 1893.
10. Hellweg, Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. Textausgabe mit Anmerkungen. Berlin 1901.
11. Hellwig, Prozessführungsrecht und blosse Prozessführungsmacht. Hannover 1902.
12. v. Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafprozessrechts. Berlin SW. 1879.
13. John, Strafprozessordnung für das deutsche Reich nebst Einführungsgesetz erläutert. 1. Abtheilung Erlangen 1884. 2. Abtheilung Erlangen 1888.
14. v. Kries, Das Prinzip der Unmittelbarkeit im Beweisverfahren der deutschen Prozessordnungen. Z. VI. Band.
15. ———, Die Rechtsmittel des Civilprocesses und des Strafprocesses. 1880.
16. ———, Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts. Freiburg i. B. 1892.

17. v. Liszt, Strafrecht und Psychologie in Deutsche Juristenzeitung 1902, Nr. 1 S. 16.
18. Loewe, Die Strafprozessordnung für das deutsche Reich nebst dem Gerichtsverfassungsgesetz etc. Mit Kommentar. Berlin 1890.
19. Menzen, Zur Berufungsfrage in Strafsachen. Hannover 1899.
20. Meves, Besondere Arten des Verfahrens, bei Holtzendorff II S. 375.
21. Meyer, Das Strafverfahren gegen Abwesende, geschichtlich dargestellt und vom Standpunkt des heutigen Rechts geprüft. Berlin 1869.
22. ———, Das Verfahren gegen Abwesende, bei Holtzendorff II S. 219.
23. Mittermaier, Das deutsche Strafverfahren I 1845, II 1846.
24. ———, Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren. Erlangen 1851.
25. ———, Die Parteistellung der Staatsanwaltschaft im reformirten deutschen Strafverfahren. Stuttgart 1897.
26. Munckel, Einführung der Berufung gegen die Urtheile der Strafkammern in erster Instanz. Berlin 1884.
27. Ortloff, Der Amtsrichter und Untersuchungsrichter und deren Gerichtschreiber als Zeugen in der Hauptverhandlung betreffs der im Verfahren erhobenen Beweise, in Gerichtssaal Bd. 37 S. 212.
28. ———, Für oder wider die Berufung in Strafsachen? München 1896.
29. v. Pannwitz, Die Psychologie im Gerichtssaal. Vortrag, gehalten am 21. November 1902 in der Psychologischen Gesellschaft zu München; abgedruckt in den „Münchner Neuesten Nachrichten“ 55. Jahrgang, Nr. 545.
30. Planck, Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens auf Grundlage der neueren Strafprozessordnungen seit 1848. Göttingen 1857.
31. Rogron, Code d'instruction criminelle, expliquée. Paris 1839.
32. Rosenfeld, Der Reichsstrafprozess 1901.
33. Rüdorff, Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. Textausgabe mit Anmerkungen. Berlin 1901.
34. Rupp, Der Beweis im Strafverfahren. Freiburg i. B. und Tübingen 1884.
35. v. Schwarze, Die Rechtsmittel, bei Holtzendorff II S. 239.
36. ———, Die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urtheil geschlossenen Verfahrens, bei Holtzendorff II S. 323.

37. Stenglein, Die Strafprozessordnung für das deutsche Reich vom 1. Februar 1877 nebst dem Gerichtsverfassungs-Gesetz u. s. w. erläutert. München 1898.
38. ———, Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechtes. Stuttgart 1887.
39. Ullmann, Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts. München 1893.
40. ———, Lehrbuch des österreichischen Strafprozessrechts. Innsbruck 1882.
41. Voitus, Kontroversen betreffend die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Berlin I 1881, II 1883.
42. Walther, Die Lehre von den Rechtsmitteln.
43. Zachariae, Handbuch des deutschen Strafprocesses. Göttingen I 1861, II 1868.

B. Zeitschriften, Materialien- u. Spruchsammlungen.

1. Archiv des Kriminalrechts I—VII 1799—1807; Neues Archiv des Kriminalrechts I—XIV 1826—1834; Archiv des Kriminalrechts, Neue Folge 1834—1857.
2. Archiv für Kriminal-Anthropologie und Kriminalistik.
3. Gerichtssaal, Zeitschrift für volksthümliches Recht, Erlangen 1849 f., seit 1864 Zeitschrift für Strafrecht und Strafprozess.
4. Goltdammers Archiv für preussisches Strafrecht, seit 1853; jetzt Archiv für Strafrecht.
5. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Herausgegeben von v. Liszt und v. Lilienthal. Berlin und Leipzig seit 1881.
6. Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand. Herausgegeben von Soergel.
7. Hahn, Die gesammten Materialien zur Strafprozessordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 1. Februar 1877. Berlin 1880, 1881.
8. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofs. Leipzig seit 1880. Zitiert E.
9. Rechtssprechung des Reichsgerichts in Strafsachen, herausgegeben von den Mitgliedern der Reichsanwaltschaft. München und Leipzig seit 1879. Zitiert R.

Anhang.

Vom dem positiven Recht wurde herangezogen:

1. Das deutsche Partikularrecht (zitiert „Part. R."), enthalten in den Reformgesetzgebungen der deutschen Staaten seit 1848, durch Verweisung auf die diesbezüglichen Stellen bei Planck und Zachariae.
2. Die Strafprozessordnung für das deutsche Reich vom 1. Februar 1877.
3. Die Strafprozessordnung für Oesterreich vom 23. Mai 1873.
4. Code d'instruction criminelle vom 17. November 1808.

Inhalt.

Seite

Einleitung 1

I. Abschnitt: Die geschichtliche Entwickelung des Strafprozesses mit Rücksicht auf das Prinzip der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit.

§ 1. I. Der römische Strafprozess 2

§ 2. II. Der kanonische Strafprozess 4

§ 3. III. Der deutsche Strafprozess vor der Carolina . 7

§ 4. IV. Der Prozess der Carolina und seine Fortbildung 9

§ 5. V. Der reformierte deutsche Strafprozess und die neueste Gesetzgebung 11

§ 6. VI. Der geltende englische Strafprozess 13

§ 7. VII. Der französische Strafprozess 16

II. Abschnitt: Über den Gebrauch der Begriffe Mündlichkeit und Unmittelbarkeit in der Litteratur.

§ 8. I. Gleichstellung der beiden Begriffe 20

§ 9. II. Scheidung der beiden Begriffe 24

III. Abschnitt: Sonderung der Begriffe gemäss der Scheidung der Vorgänge in der Verhandlung; gesetzliche Quelle der beiden Grundsätze.

§ 10. I. Die Parteien im Strafprozess 30

§ 11. II. Die auf der Scheidung von Verhandlung und Beweisaufnahme beruhende Sonderung der beiden Begriffe 35

§ 12. III. Die gesetzliche Quelle für beide Grundsätze . 40

IV. Abschnitt: Anwendung des Prinzips der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit in der Hauptverhandlung erster Instanz.

1. Kapitel: Anwenduug des Prinzips der Mündlichkeit.

§ 13. I. Erfordernis der Anwesenheit der Parteien zur mündlichen Verhandlung 43

II. Grundsätzlicher Ausschluss des Abwesenheitsverfahrens.

Seite

§ 14. A. Der Grundsatz und sein Ursprung; geschichtliche Notizen 49

B. Die Ausnahmen und ihre Begründung.

§ 15. 1. Bezüglich des „ausgebliebenen" Angeklagten 52

§ 16. 2. Bezüglich des „abwesenden" Angeklagten 57

§ 17. III. Vorschriften zwecks Erzielung einer Verständigung unter den Beteiligten 63

§ 18. IV. Nur die mündliche Verhandlung ist die Urteilsgrundlage 65

§ 19. V. Ununterbrochene Anwesenheit der Richter während der Hauptverhandlung; möglichst ununterbrochene Durchführung der letzteren . 68

§ 20. VI. Folgen der Durchführung der Mündlichkeit für den Aufbau des Strafverfahrens und den Grundsatz der gesetzlichen Beweisregeln 73

2. Kapitel: Anwendung des Prinzips der Unmittelbarkeit.

§ 21. Einleitung: Die Theorie von v. Kries und ihr verwandte Anschauungen . . . 76

§ 22 I. Anwendung des Grundsatzes auf die Benützung der persönlichen Beweismittel 87

§ 23. II. Erstreckung des Grundsatzes auf die Augenscheineinnahme 92

§ 24. III. Erfordernis, dass die gesamte Beweisaufnahme erst in der Hauptverhandlung stattfinde; bezw. Erfordernis ihrer Wiederholung daselbst; deren Mängel 97

§ 25. Anhang zum IV. Abschnitt 105

V. Abschnitt: Anwendung des Prinzips der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit ausserhalb der Hauptverhandlung erster Instanz.

§ 26. 1. Kapitel: Das Vorverfahren 109

2. Kapitel: Das Rechtsmittelverfahren.

§ 27. I. Im allgemeinen 114

§ 28. II. Über die Notwendigkeit der Rechtsmittel überhaupt 119

§ 29. III. Über die Frage ihrer zweckmässigsten Gestaltung unter Berücksichtigung der möglichen Ersatzmittel für sie 122

§ 30. IV. Das Prinzip der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit in der Hauptverhandlung der Berufungsinstanz des geltenden Rechts 139

Schlusswort 145

Einleitung.

Ehe wir darauf eingehen, von der Anwendung zu sprechen, welche der Grundsatz der Unmittelbarkeit in unserem gegenwärtigen Strafprozess gefunden hat, erscheint es angemessen, die geschichtliche Entwickelung zu betrachten, welche das Strafverfahren gerade mit Rücksicht auf dies Prinzip genommen hat. An diese Betrachtung aber wird sich zweckmässig eine Erörterung darüber unmittelbar anschliessen, in welchem Sinne der Begriff Unmittelbarkeit und der von ihm umfasste der Mündlichkeit in der Litteratur gebraucht wurde und gebraucht wird, und in welcher Bedeutung wir ihn der folgenden Darstellung zu Grunde legen wollen.

I. Abschnitt.

Die geschichtliche Entwickelung des Strafprozesses mit Rücksicht auf das Prinzip der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit.

§ 1.

I. Der römische Strafprozess[1]).

Im Laufe der Jahrhunderte ruhte die Strafgerichtsbarkeit, die gladii potestas, in der Hand ganz verschiedener Machtfaktoren des römischen Gemeinwesens; überdies fehlte es auch an allgemeinen Prozessgesetzgebungen, welche einen konkreten, auf bestimmten Prinzipien aufgebauten Prozess zum geltenden Recht erhoben hätten. „Trotzdem[2]) lässt sich von einem einheitlichen römischen Strafverfahren reden", das sich als ein öffentlicher, mündlicher Anklageprozess charakterisiert.

Entsprechend dem „nationalen[3]) Zug, dass überall dem Wort als solchem eine grössere Bedeutung bei-

[1]) Zwar ist „der (Binding S. 6) römische Strafprocess sammt der römischen Gerichtsverfassung in Deutschland nicht recipirt worden", allein er ist die Grundlage des „von der Kirche geschaffenen, in Italien weiter ausgebildeten Inquisitionsprocesses", der wie „der englische und französische Process die Faktoren" bildet, „welche den Process der Gegenwart wesentlich bestimmt haben".

[2]) Birkmeyer S. 807.

[3]) Glaser I, S. 65.

gelegt wurde, als welche die germanischen Völker ihm zugestehen, begann das Verfahren mit den Reden[4]) der Parteien . . .: Der Ankläger sprach zuerst, ihm antwortete der Vertheidiger". An die Reden schloss sich „das[5]) Beweisverfahren . . ., beherrscht von den Grundsätzen der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme und der freien richterlichen Überzeugung"; es „operierte mit den Beweismitteln der Zeugen, welche die Parteien selbst[6]) in Kreuzverhör nahmen . . ., der Urkunden, der Aussagen der Sklaven und der Indizien". Somit „hatte[7]) der Richter nur auf eigene unmittelbare Wahrnehmung der Beweismittel das Urtheil zu gründen", er durfte es nur aufbauen „auf[8]) Prozesstoff, welchen er selbst unmittelbar wahrgenommen hatte".

„Zwar fehlte es nicht an Anwendung der Schrift . . .: das Hauptverfahren stützte sich . . . auf eine schriftliche Grundlage. Auch wurden später[9]) Protokolle geführt (gesta). Allein das sind Anwendungen der Schrift, welche . . . die Durchführung der Mündlichkeit nur erleichtern bezw. ermöglichen sollen und dem Prinzip keinen Abbruch thun"[10]).

Erwähnung verdient auch der Umstand, dass „die[11]) Nothwendigkeit der Erledigung der Sache in

[4]) Vgl. Geyer S. 30.

[5]) Birkmeyer S 809.

[6]) Vgl. Glaser I, S. 65, 66.

[7]) Zachariae I, S. 98.

[8]) Birkmeyer S. 808.

[9]) „Die Möglichkeit einer Berufung an den Kaiser machte es nöthig, den Gang des Prozesses und dessen wichtigste Ergebnisse aufzuzeichnen". So Glaser I, S. 67.

[10]) Vgl. Zachariae I, S. 99.

[11]) Zachariae I, S. 99.

einer zusammenhängenden, durch keine andere Geschäfte unterbrochenen, Hauptverhandlung als Regel bestehen blieb".

§ 2.

II. Der kanonische Strafprozess.

„Der[1]) kanonische Strafprozess schloss sich enge an den römischen an."

Diese Erscheinung kann nicht Wunder nehmen, wenn man bedenkt, dass „die[2]) römische Kirche überhaupt für ihre innern und äussern Beziehungen und Verhältnisse das römische Recht als maassgebende Norm betrachtete".

So „tritt[3]) als die gewöhnliche Form des Processes ein summarisches mündliches Verfahren auf"; als eine Besonderheit[4]) ist nur zu betonen, dass „auch in contumaciam verfahren werden kann, wenn der dreimal vorgeladene Angeklagte nicht erscheint".

Zum langsamen Abgehen von dem Grundsatz der Mündlichkeit musste jedoch unaufhaltsam „das[5]) cap. 11 X. de probat. 2, 19" führen, „wonach alle Vorgänge in erster Instanz sorgfältig protokolliert werden mussten, damit die zweite Instanz dann auf Grund der Akten judizieren könne, eine Bestimmung, welche zunächst für die Berufungsinstanz die Mündlichkeit preisgab, zugleich aber der Herrschaft der Schrift für die erste Instanz den Weg bahnte".

[1]) Birkmeyer S. 810.
[2]) Zachariae I, S. 106.
[3]) Geyer S. 32; vgl. Birkmeyer, S. 810, Zachariae I, S. 115.
[4]) Vgl. S. 8, S. 51, Note 17, S. 56 dies. Abh.
[5]) Birkmeyer S. 810; vgl. Zachariae I, S. 115.

Wie nun anfangs das Prinzip der Mündlichkeit, so „entlehnte[6]) das ordentliche kanonische Strafverfahren aus dem römischen Strafprozess auch dessen Beweissystem“[7]), samt den für die Beweisaufnahme geltenden Grundsätzen, und hielt lange daran fest. Doch konnte es nicht ausbleiben, dass „das[8]) kanonische Strafverfahren durch germanische Rechtsanschauungen in erheblichem Masse beeinflusst wurde“, wenn auch gerade „der[9]) Gegensatz zwischen dem Beweisrecht der Römer und dem der Germanen ein äusserst schroffer war“. Trotz kräftigen Widerstrebens konnte sich nämlich der kanonische Prozess „des Eindringens des germanischen Reinigungseides gar nicht, und nur sehr schwer der Ordalien erwehren“[10]), lauter Beweismittel, die dem römischen „Recht[11]) mit seinen auf Herstellung einer richterlichen Ueberzeugung gerichteten Beweisvorschriften“ völlig fremd und unververständlich sein mussten.

Neben dem ordentlichen akkusatorischen Verfahren musste sich aber im kanonischen Recht notwendiger Weise ein zweites, davon völlig abweichendes entwickeln; denn „der[12]) kirchlichen Disciplin, in

---

[6]) Birkmeyer S. 810; vgl. v. Kries S. 23, Geyer S. 32. Zachariae I, S. 114.

[7]) Jedoch „mit Ausschluss der Tortur“, so v. Kries S. 23; vgl. auch Zachariae I, S. 114, Geyer S. 37.

[8]) v. Kries S. 23.

[9]) Glaser I, S. 71.

[10]) Vgl. Geyer, S. 32, v. Kries S. 23, Birkmeyer S. 810; etwas abweichend Zachariae I, S. 114.

[11]) Zachariae I, S. 114; vgl. Glaser I, S. 76, 89.

[12]) Zachariae I, S. 107; vgl. Birkmeyer S. 810, 811, Geyer S. 32.

Verbindung mit der besondern Natur des kirchlichen Strafrechts, konnte ... die Abhängigkeit des Strafrechts von dem Auftreten eines allen gesetzlichen Anforderungen entsprechenden Anklägers nicht genügen, besonders den Geistlichen gegenüber, gegen welche die Erhebung einer förmlichen Anklage durch Laien und die Anklage der Höhern durch den Niederern ausgeschlossen war".

Neben der Beseitigung des Anklageprinzips „erschien[13]) es" aber auch „als erforderlich, die Durchführung des Prozesses der Offizialthätigkeit des Richters zu überlassen".

So „schuf zunächst die italienische Doktrin[14]) einen heimlichen und schriftlichen Inquisitionsprozess", dem naturgemäss ein mündliches Verhandeln der Parteien gleich fremd wie die Unmittelbarkeit[15]) der Beweisaufnahme sein musste. „Der[16]) Theorie folgend rezipierte auch die Praxis der weltlichen Gerichte" in Deutschland „den Inquisitionsprozess neben dem Akkusationsverfahren. Die Gesetzgebung sanktionierte die Gleichberechtigung der beiden Prozeduren[17]). Bis dann die Gesetzgebung wenigstens teilweise, die Theorie aber allgemein den Akkusationsprozess ganz fallen liess und den Inquisitionsprozess als ausschliesslichen modus procedendi in Strafsachen anerkannte".

---

[13]) Birkmeyer S. 810. 811.

[14]) Vgl. v. Kries S. 24, 25, Zachariae I, S. 116.

[15]) Vgl. Geyer S. 36.

[16]) Birkmeyer S. 811. 812; vgl. Geyer S. 39, 72ff., v. Kries S. 25; Binding S. 8. 9.

[17]) Edikt Kaiser Heinrichs VII. de crimine laesae majestatis vom 2. IV. 1313; vgl. Geyer S. 39 Note 11.

§ 3.

III. Der deutsche Strafprozess vor der Carolina.

Ehe so der kanonische Inquisitionsprozess in das deutsche Rechtsleben Eingang gefunden, um es dann Jahrhunderte hindurch zu beherrschen, war das regelmässige Verfahren bei uns ein rein akkusatorisches gewesen.

In der ältesten Zeit brachte es die Auffassung von dem Strafrecht und insbesondere von der Sühne des Verbrechens, der Busse, neben welcher „der[1]) Gedanke einer durch das Recht des Staats getragenen öffentlichen Strafe nur in beschränkter Weise hervortritt", naturgemäss mit sich, dass das Verfahren in Strafsachen ein reiner Parteiprozess war, ohne[2]) grundsätzliche Verschiedenheiten von dem Zivilstreitverfahren. Wurde doch „der[3]) schuldig gefundene, wenn er sich weigerte, gezwungen", die Ausgleichung (compositio) zu zahlen; „und um die Gewährung dieser Zwangsvollstreckung drehte sich also, wie noch heute der Zivilprozess, so damals das ganze Strafverfahren".

So „war[4]) der ordentliche Strafprozess ein öffentliches mündliches Akkusationsverfahren in dem Sinn, dass streng an dem Satze festgehalten wurde: „Wo kein Kläger ist, da ist auch kein Richter", und dass die Thatsachen ... für die Entscheidung den Urteilern von den Parteien in kontradiktorischer Verhandlung vorgelegt wurden".

---

[1]) Zachariae I, S. 123.

[2]) Vgl. Birkmeyer S. 813, v. Kries S. 12.

[3]) Glaser I, S. 54.

[4]) Birkmeyer S. 813; vgl. Zachariae I, S. 124, 126, Abegg S. 29, Glaser I, S. 54.

„Gegen[5]) den abwesenden Beklagten kann keine Verurtheilung in der Sache selbst ergehen"; doch „ist[6]) es ... Sache des Klägers", seine „förmliche Ladung ... nöthigenfalls dreimal zu wiederholen und endlich gegen den ungehorsam Ausbleibenden den Königsbann auszuwirken, der ihn friedlos macht".

Neben dem ordentlichen Prozess entwickelte sich „das[7]) ausserordentliche Rügeverfahren", welches jedoch von jenem „nur darin abwich, dass die Verfolgung hier unabhängig gestaltet war von dem Belieben eines Privatklägers. Sonst war es ein Akkusationsprozess wie jener".

Dass die Beweisaufnahme unmittelbar vor den Urteilsfindern stattfand, dazu zwang die Art der Beweisführung und der Zweck, den man mit ihr verfolgte; denn „das[8]) charakteristische des germanischen Beweisrechtes liegt eben darin, dass nicht die (objective) Glaubwürdigkeit der Behauptungen, sondern die Vertrauenswürdigkeit des Behauptenden das entscheidende war". Die so in Frage stehenden Beweismittel aber konnten leicht an der Gerichtsstelle selbst benutzt werden; und vor allem erheischt sogar die Aufnahme daselbst der sie umgebende rituelle Formalismus, der seinerseits eine geheiligte Stätte und Versammlung, das Ding, erforderte: so insbesondere der Reinigungseid des Angeklagten[9]), so die Gottesurteile

[5]) Zachariae I, S. 126, vgl. Birkmeyer S. 814, vgl. ferner S. 4, S. 51, Note 17, S. 56 dies. Abh

[6]) Zachariae I, S. 125, vgl. Geyer S. 43, Birkmeyer S. 814, v. Kries S. 17.

[7]) Birkmeyer S. 815, vgl. Zachariae I, S. 145.

[8]) Glaser I, S. 55, vgl. Geyer S. 45.

[9]) Vgl Glaser I, S. 55, 56, Birkmeyer S. 814, Geyer S. 44, 45, Zachariae I, S. 127, 128.

und der Zweikampf und auch die in einigen[10]) Volksrechten verwendeten Zeugenaussagen.

Wie fest dieses rein formale Beweisverfahren in dem germanischen Volke Wurzel geschlagen hatte, das zeigt zur Genüge der Kampf[11]), den das römische Beweisrecht, trotz seiner augenfälligen Vorzüge, zu bestehen hatte, ehe es sich bei uns Eingang verschaffen und festen Fuss fassen konnte.

§ 4.

IV. Der Prozess der Carolina und seine Fortbildung.

„Das[1]) ... Eindringen des fremden Rechtes in Deutschland musste um deswillen zur grössten Verwirrung führen, weil das fremde Recht weder vom Volke noch auch von den rechtsungelehrten Richtern verstanden wurde. Die Klagen über den hiedurch geschaffenen trostlosen Zustand der Strafjustiz" erwirkten schliesslich den Erlass der Peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V.

Die Carolina suchte „überall an das einheimische Verfahren anzuknüpfen und das Neue mit dem Alten zu vermitteln". So „behielt" sie auch „äusserlich[2]), aber auch nur äusserlich, das alte akkusatorische Verfahren bei. Sie setzt regelmässig für jeden Strafprozess einen Ankläger voraus; ... allein sie gestattet nicht nur ein Strafverfahren auch ohne Ankläger

---

[10]) Birkmeyer S. 815, Zachariae I, S. 129, Geyer S. 44, Note 3.

[11]) Vgl. Zachariae I, S. 131, 132, Birkmeyer S. 816, Geyer S. 61, 62.

[1]) Birkmeyer S. 816, 817; vgl. Geyer S. 56, 57, Glaser I, S. 78 ff., v. Kries S. 27 ff.

[2]) Vgl. Abegg S. 29.

überall da, wo ein solcher nicht auftritt, wenn nur eines der fundamenta inquisitionis vorliegt, . . . sondern sie gestaltet den Prozess auch da, wo ein Ankläger aufgetreten ist, zu einem wesentlich inquisitorischen".

Dass die Carolina vielfach nur den Schein zu wahren trachtet, zeigt sich besonders darin, dass sie „die[3]) bisherige Mündlichkeit des Verfahrens zu konservieren sucht im „endlichen Rechttag". Nach durchgeführtem Verfahren[4]) nämlich musste, wenn der Ankläger oder Angeklagte darum baten, eine öffentliche Gerichtssitzung anberaumt werden, . . . in welcher die beiden Parteien entweder selbst oder durch einen von Gericht erbetenen „Fürsprech" die Sache verhandelten". Allein „das Verfahren, welches die Grundlage des Urteils bildet, ist in Wahrheit nicht das . . mündliche des endlichen Rechttages, sondern das ihm vorangegangene.... Und dieses ist" ein rein mittelbares, „ein wesentlich schriftliches, insoferne ... die Beweisaufnahme durch einen Richterkommissar geschah, also dem erkennenden Gericht nur durch Vermittelung des Protokolls bekannt wurde".

Während aber so die Carolina noch bemüht war, das Mündlichkeitsprinzip wenigstens dem Scheine nach aufrecht zu erhalten, blieb es der in Theorie und Praxis, sowie der Partikulargesetzgebung sich entwickelnden Fortbildung[5]) dieses letzten Reichsgesetzes für den Strafprozess vorbehalten, darauf hinzuwirken, „dass[6]) der heimliche schriftliche Inquisitionsprozess

[3]) Birkmeyer S. 818; vgl. ebenda Note 12.

[4]) Welches Geyer S. 61, mit Recht als eine blosse Untersuchung bezeichnet.

[5]) Vgl. Geyer S. 63, Birkmeyer S, 818.

[6]) Birkmeyer S. 818, 819.

bis zu seinen äussersten Konsequenzen ausgestaltet und bis ad absurdum entwickelt wurde. Man entkleidete" eben „den Prozess der Carolina seines Scheines und zog das, was sein eigentliches Wesen bildete, ans Tageslicht". Demgemäss „fiel[7]) der endliche Rechttag... ganz hinweg und mit ihm der letzte Schein von Mündlichkeit.

... Schon die Theresiana, ebenso die Josefina kennt nur schriftliches Verfahren. In Preussen waren schon durch das Landrecht von 1791 die letzten Spuren der Öffentlichkeit[8]) getilgt. Und in Bayern gelang es Feuerbach nicht, in das Str.G.B. von 1813 ein öffentliches Schlussverfahren zu bringen; es wurde als unwesentliche, vom Inquisitionsverfahren abweichende Sollennität beanstandet".

§ 5.

V. Der reformierte deutsche Strafprozess und die neueste Gesetzgebung.

„Die[1]) ausserordentlichen Mängel des gemeinen deutschen Strafverfahrens lagen zu deutlich am Tage, als dass nicht das Bedürfniss nach Reform immer gebieterischer auftreten musste. Dabei war es klar, dass nicht eine blosse Verbesserung, sondern eine totale Umgestaltung auf neuer Grundlage geboten sei". In der Zeit „vor 1848 blieb" jedoch „die Reformbewegung eine mehr theoretische, ohne dass es zu nennenswerten Reformen in der Gesetzgebung gekommen wäre".

[7]) Ders. S. 820.
[8]) Wie auch der Mündlichkeit.
[1]) Birkmeyer S. 821.

Neben mannigfachen Reformvorschlägen, auf die hier nicht einzugehen ist, setzte man sich damals besonders die Wiedereinführung eines mündlichen Verfahrens zum Ziele. Brach sich doch nach Veröffentlichung von Feuerbachs „Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege“ die Überzeugung in der Theorie immer mehr Bahn, „dass[2]) von jener Forderung nicht mehr könne abgegangen werden. Doch glaubt man die Mündlichkeit vielfach schon erreicht, wenn nach im Wesentlichen schriftlich durchgeführter Untersuchung wenigstens ein mündliches Schlussverfahren stattfinde“.

Hatte bisher die Gesetzgebung mit der tatkräftig vorwärts strebenden Theorie durchaus nicht gleichen Schritt gehalten, so bedurfte es nur eines Anstosses, um auch dort den neuen Anschauungen von Recht und Gerechtigkeit zum Siege zu verhelfen. Es „kam[3]) das Jahr 1848 mit seinen stürmischen, auch . . . auf Mündlichkeit des Gerichtsverfahrens . . . gerichteten Forderungen, denen jetzt in Eile überall zu entsprechen gesucht wurde, nachdem die Verwirklichung derselben durch feierliche Versprechungen und Sanction der neuen Verfassungsgesetze gesichert worden war“. So brachten schon die nächsten Jahre in Österreich wie in fast allen[4]) deutschen Staaten neue Prozessordnungen, die sich „fast[5]) sämtlich an den französischen Strafprozess anschlossen. Die englischen

---

[2]) Birkmeyer S. 821; vgl. Glaser I, S. 246, 247.

[3]) Zachariae I, S. 16, 17.

[4]) Vgl. Birkmeyer S. 823, Binding S. 21ff., Zachariae I, S. 17ff.

[5]) Birkmeyer S. 823.

Strafprozess-Einrichtungen obwohl inzwischen durch ausgezeichnete Schriften dem wissenschaftlichen Verständnis näher gerückt, wurden nur wenig[6]) direkt berücksichtigt".

Die Gesetzgebungen nach dem Jahre 1848 hatten so „der[7]) Rechtseinheit in Deutschland" auf dem Gebiete des Strafprozesses „materiell bereits mächtig vorgearbeitet". Die in ihnen fast durchwegs anerkannten Prinzipien der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit konnten nun auch in der Praxis ihre hervorragende Bedeutung für eine gerechte, über Mängel möglichst erhabene Rechtspflege von neuem bewähren und so auf ihre Brauchbarkeit erprobt, in die neuesten Gesetzgebungen Deutschlands[8]) und Österreichs[9]) Eingang finden.

§ 6.

VI. Der geltende englische Strafprozess.

Von besonderem Einflusse auf die Durchführung der deutschen Reformgesetzgebung und so indirekt auf das jetzt geltende Recht war, wie erwähnt, das französische Strafverfahren gewesen, dem seinerseits wiederum das englische zum Vorbild gedient hatte[1]). Doch erlangte letzteres später auch eine „immer[2]) mehr unmittelbare Bedeutung für uns", während es „anfangs mehr aus der Ferne, mehr mittelbar auf unser Recht einwirkte".

[6]) So von Braunschweig und später besonders von Österreich
[7]) Birkmeyer S. 823.
[8]) Vom 1. Februar 1877.
[9]) Vom 23. Mai 1873.
[1]) Vgl. Birkmeyer S. 824
[2]) Glaser I, S. 132.

Machte sich nun auch der fremde Einfluss auf unser Recht vor allem in der Schaffung der mit Laienrichtern besetzten Gerichte, also der Assisen- oder Schwurgerichtshöfe, geltend, so muss ohne Bedenken eine höhere Bedeutung der Tatsache beigelegt werden, dass das französische Recht uns das Prinzip der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit wiedergebracht hat, jene zuverlässige Bürgschaft für eine richtige und gerechte Justiz, welche der Inquisitionsprozess völlig erstickt hatte. Es muss somit angemessen erscheinen, die Verwertung dieses Prinzips im englischen und französischen Recht in Kürze zu betrachten.

Im englischen Strafprozess ist der Grundsatz der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit in ausgedehntem Masse zur Anerkennung gelangt: er herrscht „unbedingt[3]) in allen Arten des Verfahrens und ebenso in der Voruntersuchung[4]), wie im Hauptverfahren".

Dieses erhält seine Gestaltung als vollkommener Parteiprozess noch besonders dadurch, dass in Ermangelung[5]) eines unserer Staatsanwaltschaft völlig entsprechenden Institutes[6]) noch heute das System der Popularanklage herrscht; doch „tritt[7]) der Private, der die Anklage führt, prosecutor, ... nicht in seinem Namen, sondern in dem der Krone auf; er wird von der Polizei unterstützt und ... gar oft ist auch er mehr vorgeschoben, das eigentlich prozessbetreibende Element aber ist die Polizei".

[3]) Geyer S. 112.

[4]) Vgl. Glaser I, S. 136f; S. 111 dies. Abh., bes. Note 12.

[5]) Vgl. Birkmeyer S. 828, 831, Geyer S. 116, Glaser I, S. 134f.

[6]) Anders in Schottland nach Geyer S. 118.

[7]) Glaser I, S. 135.

Ausserdem ist „die[8]) individuelle Freiheit“ des Beschuldigten in ganz besonderer „Weise geschützt“, seine Parteirechte sind sehr ausgedehnt. Entsprechend dem Grundsatz: „no[9]) man is bound, to give evidence against himself, ... muss der Angeklagte ohne irgend ein Zuthun[10]) von dessen Seite der Schuld überwiesen werden“; er selbst „wird niemals verhört“. Und „bis[11]) ihm von anderer Seite eine Schuld nachgewiesen ist, erscheint jede Antastung seiner Integrität sorgfältig ausgeschlossen“, während „andrerseits der Beweis seiner Unschuld ihm in jeder denkbaren Weise ermöglicht wird. Unbedingte Zulassung von Verteidigern in allen Stadien[12]) des Prozesses; ... vollkommene Parteiengleichheit (fair play)[13]) in der Hauptverhandlung; Verantwortlichkeit aller Beamten dem Richter gegenüber für etwaige Überschreitungen ihrer Gewalt sichern dem Beschuldigten diese günstige Position“.

Die Hauptverhandlung selbst beruht auf dem Prinzip der Mündlichkeit, wie auch der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme vollkommen gewahrt ist. Ihr „Gang[14]) ... ist folgender: Mündliche Darlegung der Anklage und beabsichtigten Beweisführung (opening the case) durch den Ankläger, Vorführung der Belastungsbeweise unter der für das Kreuzverhör erforderlichen Mitwirkung der Vertheidigung“. Dass dem gegenüber aber auch der Angeklagte

---

[8]) Birkmeyer S. 830.
[9]) Geyer S. 114.
[10]) Vgl. Birkmeyer S. 830.
[11]) Ders. S. 830.
[12]) S. 135 dies. Abh.
[13]) Auch „fair trial“ genannt; so Geyer S. 113.
[14]) Glaser I, S. 140.

selbst in genügender Weise während der Verhandlung zu Wort komme, dafür ist hinreichend gesorgt.

Von dem englischen Rechtsmittelsystem endlich ist hervorzuheben, dass „es[15]) gelungen ist, ohne Verletzung des Prinzips der Mündlichkeit des erstrichterlichen Verfahrens und der freien Beweiswürdigung den Rechtsgrundsätzen einen weitergehenden Schutz vor höheren Gerichten zu geben, als bisher auf dem Continent erreicht wurde[16])".

§ 7.

VII. Der französische Strafprozess.

„Die[1]) geschichtliche Entwickelung des französischen Strafprozesses bis zum Ende des achtzehnten Jahrhunderts war der des deutschen so ähnlich, als es der geradezu entgegengesetzte Gang der Gestaltung des Verhältnisses der Reichsgewalt zu den einzelnen Gebieten gestattete".

Doch hielt man zu einer Zeit, als in Deutschland die Gesetzgebung[2]) bereits die Gleichberechtigung des schriftlichen Inquisitionsprozesses mit dem bisherigen Akkusationsverfahren aussprach, an der Mündlichkeit des Hauptverfahrens fest (Ordonanz[3]) von Louis le Hutin — Ludwig X. von 1315); für die Urteils-

[15]) Ders. I, S. 144.

[16]) Diese überaus günstige Meinung scheint indes in England selbst nicht allgemein geteilt zu werden, da, zumal in jüngster Zeit, die Reformbestrebungen (vgl. Birkmeyer S. 831) besonders mit diesem Gebiete des Strafprozesses sich beschäftigten.

[1]) Glaser I, S. 145, 146.

[2]) Vgl. S. 6 dies. Abh.

[3]) Vgl. Zachariae I, S. 189, 190.

fällung blieb sie sogar noch weit später in gewisser Weise erhalten, und nur ganz allmählich wurde „ein[4]) heimliches schriftliches Untersuchungsverfahren ausgebildet, welches insbesondere in der Ordonnance criminelle Ludwigs XIV. von 1670 gesetzlich fixiert“ wurde.

„Allein[5]) bei aller rücksichtslosen Härte gegen den Beschuldigten konnte doch das Strafverfahren die juristische Eigenart des Prozesses nicht so ganz abstreifen, der Herrschaft der Form sich nicht so ganz entziehen, wie in Deutschland. So trat denn an den Schluss der Untersuchung doch ein Anklang an contradictorisches Verfahren; ... es steht den Beschuldigten frei, eine Schutzschrift — selbst zu verfassen. ... Zwar erfolgt ... ein auf die Akten gestützter Bericht an das Collegium; allein es findet doch vor demselben auch die unmittelbare Vernehmung des Angeklagten ... statt, und diesem ist auch jetzt noch zur Führung des Entlastungsbeweises Raum gegönnt“.

Die Zeit der französischen Revolution brachte sodann jene Bewegung, die bei uns erst das Jahr 1848 zeitigen sollte. Die konstituierende Nationalversammlung betrachtete als eine ihrer zahlreichen Aufgaben auch „die[6]) Reform des Strafverfahrens, ... welche sich — unter Beibehaltung des nationalen Institutes der Staatsanwaltschaft — in der Richtung auf Öffentlichkeit, Mündlichkeit und kontradiktorische[7]) Gestaltung

[4]) Birkmeyer S. 824.

[5]) Glaser I, S. 148, 149.

[6]) Birkmeyer S. 824; vgl. Glaser I, S. 149.

[7]) Als Überrest der Inquisitionsmaxime erscheint Code art. 268 (der Vorsitzende des Schwurgerichtshofes pourra prendre sur lui tout ce qu'il croira utile pour découvrir la vérité).

des Verfahrens, freie richterliche Beweiswürdigung und Einführung der Jury nach englischem Vorbilde bewegte.

Den vorläufigen Abschluss dieser Reformbestrebungen bildete der . . . 1808 publizierte Code d'instruction criminelle, dessen Verfahren dann den Reformbestrebungen in Deutschland zum Vorbild diente".

„Der[8]) Gang des Verfahrens" vor den Schwurgerichten[9]) ist hier „wesentlich verschieden von dem der altrömischen und der englischen mündlichen Verhandlung: Vortrag der Anklage, Verhör des Angeklagten, Beweisverfahren, zusammenhängende Parteienvorträge, Schlussvortrag des Vorsitzenden — Feststellung schriftlicher Fragen an die Geschwornen — obligatorisches Zurückziehen der Geschwornen in ein Berathungszimmer — mündliche Verkündigung der schriftlich fixirten Antwort der Geschwornen auf die Fragen — Prüfung und Entgegennahme der Antwort durch das Gericht und nochmalige Verlesung des angenommenen Wahrspruches in Gegenwart des Angeklagten".

Dieser auf dem Prinzip der Mündlichkeit des Verfahrens und der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme beruhende Prozess wurde dann in Deutschland von der Gesetzgebung „— bald[10]) in engerem Anschluss bald in grösserer Emancipation von dem Vorbild — nachgeahmt". In Frankreich selbst hat

[8]) Glaser I, S. 151.

[9]) „Das Verfahren vor den Einzelnrichtern (code art. 137 ff.) und vor den Zuchtpolizeigerichten (code art. 179 ff.) kann hier bei Seite bleiben", so Birkmeyer S. 825.

[10]) Ders. S. 826.

das Gesetz inzwischen mancherlei Änderungen[11]) im einzelnen erfahren, die hier nicht weiter zu verfolgen sind, da die Prinzipien unverändert beibehalten wurden.

Nach diesem kurzen Überblick, der nur zeigen sollte, inwieweit die Prinzipien der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit zu verschiedener Zeit und in verschiedenen Ländern den Strafprozess beherrschten, ist nun im folgenden näher darauf einzugehen, in welchem Sinne diese Grundsätze in unserer Litteratur verwendet werden.

[11]) Vgl. Ders. S. 826. 827.

II. Abschnitt.

Über den Gebrauch der Begriffe Mündlichkeit und Unmittelbarkeit in der Litteratur.

§ 8.

I. Gleichstellung der beiden Begriffe.

Über das Verhältnis der Mündlichkeit des Verfahrens zu dem Prinzip der Unmittelbarkeit herrschen verschiedene Ansichten.

Ullmann[1]) setzt die beiden Prinzipien nicht nur für das Gebiet des Verhandelns der Parteien, sondern auch für einen Teil der Beweisaufnahme einander völlig gleich[2]).

Er stellt[3]) das Prinzip der Mündlichkeit der Schriftlichkeit des Inquisitionsprozesses gegenüber. Hier zeichnete der Inquirent „sämtliche Aussagen und alle während der Untersuchung wahrgenommenen und festgestellten Thatsachen und Umstände auf, welche für die Ermittelung der materiellen Wahrheit entscheidend sind. Das auf diese Weise gesammelte schriftliche Material bildete bei der Urteilsfällung die Grundlage und Quelle der Erkenntnis des urteilen-

[1]) Deutsch S. 39, öst. S. 78.

[2]) Dieselbe Auffassung findet sich bei Hellweg S. 37.

[3]) Deutsch S. 37.

den Richters", es wurde ihm auf dem Wege des Referates zugänglich gemacht. Zweifellos sind nun „Schriftlichkeit in diesem Sinne des Wortes und Mittelbarkeit des Verfahrens identische Begriffe"; aber unzulässig[4]) ist die Folgerung, die Ullmann zieht, dass auch die beiden Gegensätze hiezu, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit, im ganzen Umfange ihres Geltungsgebiets sich völlig deckende Begriffe seien.

Ein ähnlicher Gedankengang findet sich bei Dochow[5]); dasselbe gilt von Planck[6]), der behauptet: „Dem Gebrauch der Schrift gegenüber äussert sich das Prinzip der Mündlichkeit in der Forderung an den Geschäftsgang der erkennenden Strafgerichte, dass jedes Urtheil nur auf der Grundlage einer vorausgegangenen mündlichen Verhandlung unter den Partheien und mündlicher Vernehmung der Auskunftspersonen erfolgen soll".

Von dem gleichen Ausgangspunkt kommt Zachariae[7]) zu demselben Ergebnis.

Nach Fuchs[8]) versteht man unter „Mündlichkeit oder, wie richtiger gesagt wird, Unmittelbarkeit des Verfahrens die Vernehmung des Angeklagten und die Vorführung des gesamten Beweismaterials in einer Anklagesache unmittelbar vor dem erkennenden Richter".

Die Gleichstellung beider Grundsätze erklärt sich bei diesem Schriftsteller daraus, dass er — im Gegen-

---

[4]) Vgl. S. 38 dies. Abh.; ausserdem besonders v. Kries S. 347.
[5]) S. 124.
[6]) S. 112, 113.
[7]) S. 49.
[8]) Bei Holtzendorff II, S. 63.

satz zur allgemeinen Meinung — wirkliche Parteien im Strafprozess nicht anerkennt[9]), den Angeklagten also, „wenn[10]) er auf eine Vernehmung eingeht, mehr ein Objekt als Subjekt und ein Beweismittel, einen Zeugen gegen sich selbst nennt". Für die Art der Erhebung dieser „Beweismittel" insgesamt lässt sich so allerdings Mündlichkeit und Unmittelbarkeit als gleichbedeutend gebrauchen; indes lässt Fuchs hiebei auch die Augenscheinsobjekte, bezüglich deren nur mittelbare oder unmittelbare, nicht schriftliche oder mündliche Beweiserhebung in Frage stehen kann, völlig ausser Acht.

Auch John[11]) leugnet, dass es im Strafprozess Parteien gebe. Er stellt[12]) daher zwar für den Zivilprozess fest, dass der Ausdruck „Mündlichkeit des Verfahrens" auf die Parteivorträge zu beschränken, der Ausdruck „Unmittelbarkeit des Verfahrens" hingegen für die Beweiserhebung zu benützen sei; für den Strafprozess dagegen zieht er, der genannten Ansicht entsprechend, nur[13]) den Grundsatz der Unmittelbarkeit in Betracht. Doch sagt er, hievon abweichend, an anderer Stelle[14]): „Dasjenige, worauf es auch hier ankommt, ist, dass im Strafverfahren die Mündlichkeit etwas Doppeltes bedeutet, nämlich einmal die Unmittelbarkeit der Beweiserhebung und sodann der mündliche Vortrag".

[9]) A. a. O. S. 60.
[10]) A. a. O. S. 67.
[11]) II, S. 185.
[12]) II, S. 184.
[13]) II, S. 188.
[14]) II, S. 13.

Löwe[15]) schliesslich bezeichnet die Unmittelbarkeit als „die eine Seite des Grundsatzes der Mündlichkeit", demnach die letztere als den weiteren, die Unmittelbarkeit mit umfassenden Begriff. Er stellt so für das Gebiet der Beweisaufnahme, wenn auch nicht für den ganzen Prozess, die Unmittelbarkeit der Mündlichkeit gleich.

Die Motive[16]) gebrauchen ebenfalls die Bezeichnung Mündlichkeit für das Gebiet der Beweisaufnahme. „Der Grundsatz der Mündlichkeit wird von den Fällen berührt, wo die Verlesung an die Stelle der mündlichen Vernehmung einer Person tritt".

Auch bei Glaser findet sich keine scharfe Sonderung der beiden Prinzipien; er sagt[17]) nur: „für die Erhebung der Beweise ist mehr die Unmittelbarkeit, für deren Erörterung mehr die mündliche Form des Vortrags von Bedeutung".

Dass aber nun einerseits auch für die Erhebung der Beweise die Mündlichkeit in Betracht komme, und andererseits eine schriftliche Erörterung unmittelbar stattfinden könne, soll anscheinend die Behauptung darlegen: „man darf nicht übersehen, dass Wahrnehmungen auch mündlich vermittelt, schriftliche Deduktionen dagegen unmittelbar von der Partei an den Richter gehen können". Indes kann doch im ersteren Falle nicht von mündlicher Form der Beweisaufnahme über den Gegenstand dieser Wahrnehmung gesprochen werden, sondern nur von mittelbarer oder unmittelbarer Vernehmung desjenigen, der seiner Zeit die

[15]) S. 621 (Note 1 zu § 249).
[16]) S. 139 (Hahn III, 1 S. 194).
[17]) I S. 247.

Wahrnehmung gemacht hatte, die jetzt nicht mehr unmittelbar gemacht werden kann. Im zweiten Falle aber ist sicher keine unvermittelte Erörterung gegeben, wenn die Partei das, was sie denkt und fordert, dem Richter durch das Medium toter Buchstaben zukommen lässt, statt von Mund zu Ohr sich zu äussern.

Diese in der Litteratur so oft sich zeigende Verwechselung oder Gleichstellung[18]) der Begriffe Mündlichkeit und Unmittelbarkeit „erklärt[19]) sich einmal daraus, dass der gemeine Prozess sowohl ein schriftlicher wie mittelbarer war, und dass die Umgestaltung in beiden Beziehungen zugleich angestrebt und erreicht wurde. Sodann ist richtig, dass der schriftliche Prozess eine Neigung zur Mittelbarkeit besitzt, während der mündliche umgekehrt die Unmittelbarkeit nahe legt. Ein notwendiger Zusammenhang besteht hier indessen keineswegs, insbesondere ist Mündlichkeit des Verfahrens und Mittelbarkeit der Beweisaufnahme sehr wohl vereinbar".

§ 9.

II. Scheidung der beiden Begriffe.

Viele Schriftsteller stimmen darin überein, dass beide Grundsätze sich nicht decken; doch gehen ihre Ansichten über deren Definition und Bedeutung wiederum auseinander.

So nimmt Ditzen[1]) an: „das wahre Unmittelbarkeitsprinzip hat in § 260 St.P.O. seinen Ausdruck

[18]) v. Kries (Z. VI, S. 102) bezeichnet sie als die herrschende Meinung.

[19]) Ders. S. 347.

[1]) Z. X, S. 153.

gefunden: nur auf Grund der Hauptverhandlung ergeht die Entscheidung".

Nun ist ja allerdings richtig, dass von Unmittelbarkeit in dem Falle gewiss nicht gesprochen werden könnte, wenn Entscheidungsgrundlage etwas anderes als die Hauptverhandlung selbst bildete; ist doch gerade diese Gestaltung des Verfahrens eine der wichtigsten Forderungen des Unmittelbarkeitsprinzips. Aber andrerseits ergeht die Entscheidung doch auch dann auf Grund der Hauptverhandlung, „wenn[2]) in dieser die früher aufgenommenen Protokolle oder schriftliche Erklärungen verlesen werden", und hier könnte doch unmöglich von Unmittelbarkeit die Rede sein.

v. Kries versteht unter dem Prinzip der Unmittelbarkeit „das[3]) Verbot, andere als „originäre" d. h. unmittelbare Beweise zu benutzen"; und ähnlich nennt es Zachariae eine „Forderung[4]) der Unmittelbarkeit, dass alle Beweisquellen sich originär vor dem erkennenden Gericht eröffnen müssen". Dieser Anschauung schliesst sich auch Ullmann[5]) und Rupp[6]) an. Bennecke[7]) folgt ihr ebenfalls, ohne jedoch allen Konsequenzen beizupflichten, die v. Kries daraus zieht.

Auf diese Gruppe von Ansichten wollen wir jedoch erst an späterer Stelle eingehen; hier sei nur die Theorie von Rupp berührt, der sowohl das Prinzip

[2]) v. Kries S. 347, Note 1.
[3]) Ditzen, Z. X, S. 153, Note 79.
[4]) I, S. 54.
[5]) Deutsch S. 473.
[6]) S. 141.
[7]) S. 407, 408.

der Unmittelbarkeit[8]), wie das der Mündlichkeit[9]) auf das Zeugenbeweisverfahren erstreckt. Doch scheidet er beide Begriffe von einander, indem er das Verbot, einen Zeugen vom Hörensagen statt eines Augenzeugen zu benützen, als Ausfluss des Unmittelbarkeitsprinzips erklärt, zugleich aber bestreitet, „dass[10]) schriftliche Mitteilungen eine Vermittelung enthielten", und folglich annimmt: „für[11]) den sogenannten Zeugenbeweis gilt nach unserm Strafprozess das Mündlichkeitsprinzip".

Die bezeichnete Meinung begründet nun Rupp[12]), wie folgt. „Die schriftliche Mitteilungsform enthält jene Vermittelungsglieder, welche für die Richtigkeit der Anschauung gefährlich und daher für den Beweis von Bedeutung sind, durchaus nicht in grösserer Anzahl als die mündliche Mitteilungsform, und es kann deshalb die letztere der ersteren gegenüber nicht durch das Prädikat „unmittelbar" abgehoben, das Gebot der mündlichen und Verbot der schriftlichen Mitteilungsform nicht durch das Wort Unmittelbarkeitsprinzip bezeichnet werden. Der Zeuge macht seine Mitteilung in dem einen Fall, indem er spricht, im andern Fall, indem er schreibt. Der Richter nimmt die Mitteilung wahr im einen Fall, indem er sie hört, im andern Fall, indem er sie ansieht, worauf er in beiden Fällen die Sinneswahrnehmung nach Anleitung der Sprache deutet".

Mit Recht bemerkt gegenüber dieser Ausführung

---

[8]) S. 144 sub 2.
[9]) S. 144 sub 1.
[10]) v. Kries Z. VI, S. 100.
[11]) S. 143.
[12]) S. 144.

v. Kries[13]): „Ich kann das nicht für zutreffend halten. Zwischen Gericht und Zeugen schiebt sich als selbstständige Existenz das Schriftstück. Dass dasselbe Beweismittel ist, kann doch in keiner Weise bestritten werden. Damit ist aber auch gegeben, dass durch dieses dem Gericht vorliegende Beweismittel der Inhalt eines andern nicht präsenten erwiesen wird. Die Vermittelung mag in einzelnen Fällen eine sehr zuverlässige, die Schlussfolgerung eine sehr sichere sein, das kann aber an der Thatsache selbst, dass eine solche stattfindet, nichts ändern".

Des weitern[14]) darf auch nicht übersehen werden, dass bei der schriftlichen Aussage dem Richter die Person des Zeugen und darum sein persönlicher Eindruck völlig fremd bleibt, diese Vermittelung also dem Richter ein in sehr vielen Fällen wichtiges Indiz für die Glaubwürdigkeit der Aussage selbst entzieht.

Mit vollem Recht behauptet fernerhin Rosenfeld[15]): „Mit der Mündlichkeit fällt die Unmittelbarkeit keineswegs zusammen"; doch scheint die Begründung, welche er für diese Meinung gibt, wenig stichhaltig. Er sagt: „Die Mündlichkeit ist allerdings unentbehrliche Voraussetzung; das ist aber auch die Öffentlichkeit gegenüber der Mündlichkeit, und diese beiden wird man nicht zusammenwerfen."

Einmal ist nicht abzusehen, warum die Öffentlichkeit unentbehrliche Voraussetzung gegenüber der Mündlichkeit sein soll[16]). Es lässt sich doch recht

---

[13]) Z. VI, S. 101.

[14]) Vgl. S. 89 dies. Abh

[15]) S. 68.

[16]) Dass dies nicht der Fall ist, lehrt schon ein Blick auf die Gestaltung der beiden Stadien des Vorverfahrens. Denn „da

wohl[17]) ein Verfahren, in dem der Grundsatz der Mündlichkeit in gleicher Weise herrscht, wie in unserm geltenden Prozessrecht, hinter verschlossenen Thüren denken; unser Gesetz[18]) selbst kennt ja in Ausnahmefällen diese Art des Verhandelns. Dies Verfahren würde ja sicherlich mancherlei Vorteile entbehren, welche die Öffentlichkeit zu bieten vermag; aber an den wohltätigen Wirkungen des Grundsatzes der Mündlichkeit würde es ihm doch keinesfalls gebrechen.

Des weiteren. Wenn wirklich die Öffentlichkeit unentbehrliche Voraussetzung gegenüber der Mündlichkeit wäre, und die Mündlichkeit wiederum gegenüber der Unmittelbarkeit, warum sollte, wenn Öffentlichkeit mit Mündlichkeit nicht zusammengeworfen werden kann, ebendies auch für die Mündlichkeit und Unmittelbarkeit gelten müssen? Die Schlussfolgerung Rosenfelds ist sicherlich nicht zwingend[19]).

Mit Rosenfeld stimmen in dem Ergebnis überein Birkmeyer[20]) und Bennecke[21]). Sie sehen in der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht nicht eine

---

(v. Kries S. 259, Note 1) auf diese processualen Vorgänge die Kategorien der Mündlichkeit und Schriftlichkeit überhaupt keine Anwendung finden, .. so bedarf der oft aufgestellte Satz, dass die Oeffentlichkeit die Mündlichkeit zur Voraussetzung habe, einer starken Einschränkung".

[17]) Vgl. Zachariae I, S. 59.

[18]) G.V.G. § 173.

[19]) Wenn der Begriff x unentbehrliche Voraussetzung des Begriffes y, und dieser wiederum des Begriffes z ist, so folgt doch daraus, dass z und y nicht identisch sein können, noch gar nichts für vorhandene oder mangelnde Identität von y und x.

[20]) S. 510.

[21]) S. 405; er will jedoch in den Begriff Unmittelbarkeit noch ein weiteres Moment gelegt wissen. Vgl. S. 86, 87 dies. Abh.

derart geschlossene Einheit, dass sie von Anfang bis zum Ende von demselben Grundsatz, in dieser oder jener Richtung, beherrscht werde oder ein Grundsatz während ihrer ganzen Dauer in der gleichen Erscheinungsform zu Tage treten müsse, sondern sie trennen das Verhandeln der Parteien von dem Handeln des Gerichtes gegenüber den Beweismitteln. Eine derartige Scheidung bedingt dann auch wieder eine Sonderung der für beide Teile der Verhandlung geltenden Prinzipien.

Dieser Anschauung wollen auch wir folgen und, davon ausgehend, entwickeln, in welchem Verhältnis die Grundsätze der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit zu einander stehen.

III. Abschnitt.

Sonderung der Begriffe gemäss der Scheidung der Vorgänge in der Verhandlung; gesetzliche Quelle der beiden Grundsätze.

§ 10.

I. Die Parteien im Strafprozess.

Wenn wir der weiteren Betrachtung die Meinung zu Grunde legen wollen, dass die Hauptverhandlung nicht als ein unteilbares Ganzes durchwegs von den gleichen Grundsätzen beherrscht sei, so bedarf diese Stellungnahme der Begründung; denn fehlt es im Strafprozess an Parteien, und findet darum kein Verhandeln statt, so entfallen die Besonderheiten desjenigen Teiles des Verfahrens, den wir der Beweisaufnahme als Gegensatz gegenüberstellen, und die Einheit der herrschenden Grundsätze ist die Folge!

Einmal wird nun dem Beschuldigten die Parteieigenschaft abgesprochen. So behauptet John[1]): „der Angeklagte ist schon um deswillen keine Partei, weil er selbst Beweismittel ist".

Ist denn aber wirklich der Angeklagte Beweismittel, oder ist es nicht vielmehr lediglich seine Aussage?

[1]) II, S. 185.

John[2]) argumentiert, wie folgt. „Es wurde gezeigt, dass die Augenschein-Einnahme kein Beweismittel, sondern eine Art der Beweiserhebung sei, dass diese besondere Art des Beweiserhebung durch eine derselben entsprechende Art von Beweismitteln, den Augenscheinsobjekten, bedingt werde.

Ist nun die Vernehmung des Beschuldigten eine Art der strafprocessualischen Beweisaufnahme, so muss auch ein Beweismittel existieren, welches dieser Art der Beweisaufnahme entspricht. Und dieses Beweismittel ist kein anderes als der Beschuldigte selbst; dasjenige, was durch diese Beweisaufnahme als Grundlage des richterlichen Urtheils erbracht wird, ist die Aussage des Beschuldigten".

Bei dieser Schlussfolgerung scheint John einen Punkt völlig übersehen zu haben. Die Augenscheinsobjekte sind körperliche Gegenstände, Teile der uns umgebenden Aussenwelt; sie sind der sinnlichen Wahrnehmung preisgegeben, sie erlauben dem Wahrnehmenden schlechthin, unter Benützung seiner Sinne Schlussfolgerungen zu ziehen, die Beweiserhebung vorzunehmen.

Ganz anders jedoch, wenn Personen, statt als „Objekte[3]) der Augenscheineinnahme durch dasjenige zu beweisen, was sie selbst sind", den Beweis erbringen sollen „durch dasjenige, was sie bekunden". Diese Personen, der Beschuldigte wie die Zeugen, dienen dann ja nicht durch ihre Person der Beweisführung — sagen sie nichts verwertbares aus, so haben sie selbst als Beweismittel nicht die geringste Be-

---

[2]) I, S. 920.
[3]) II, S. 921.

deutung — sondern der Beweiszweck wird einzig und allein durch ihre Mitteilung erreicht. Wenn es aber in der Macht einer Person liegt, durch Abgabe von Äusserungen dem Beweise zu dienen oder durch Schweigen sich jedweder Verwertung zur Beweisführung zu entziehen, so darf doch sicherlich nur ihre Aussage allein, nicht sie selbst, als Beweismittel angesehen werden.

Aber auch „zugegeben[4]), der Beschuldigte diene in unsrem Prozess auch dem Beweis, so ist doch damit seine Parteiqualität noch nicht ausgeschlossen". Vielmehr „muss[5]) betont werden, dass er in erster Linie ein mit den mannigfaltigsten Prozessrechten ausgestattetes Rechtssubjekt im Prozesse ist, und dass er daneben auch als Beweisobjekt in Frage kommt. Dass sich beide Stellungen vereinigen lassen, zeigt der Civilprozess. Dort ist der beklagte Partei, trotzdem er zweifellos, wenn auch in abweichender Form, Beweismittel ist".

Noch treffender bemerkt hiezu v. Kries[6]): „Für den Strafprozess mag zunächst einmal die Frage aufgeworfen werden, was denn der Privatkläger ist? Ist er nicht Partei und ist er nicht trotzdem Beweismittel? ... Die Partei kann nicht gleichzeitig Zeuge sein; dieser Satz ist richtig, er beweist aber auch nichts. Die Unvereinbarkeit von Partei- und Beweismittel ist dagegen zu bestreiten."

Aber auch die Parteistellung der Staatsanwaltschaft wird vielfach in Abrede gestellt.

[4]) Birkmeyer S. 335.
[5]) Bennecke S. 134.
[6]) Z. IX, S. 27.

John[7]) sagt: „Der Begriff der Partei kann niemals auf die Funktionen der Staatsanwaltschaft zutreffen; denn niemals will der Staatsanwalt ein ihm zustehendes Recht erstreiten, sondern seine Thätigkeit hat den Zweck, das Erforderliche zu veranlassen, damit das öffentliche Recht zur Geltung gelange."

Dass jedoch ein eigenes Recht erstritten werde, mag zwar, insbesondere im Zivilprozess, regelmässig der Fall sein, ist aber nicht begrifflich notwendig. So kann ja auch der Ehemann[8]) ein zum eingebrachten Gut gehörendes Recht — der Ehefrau - im eigenen Namen gerichtlich geltend machen, ebenso der Konkursverwalter[9]) das Anfechtungsrecht der Konkursgläubiger[10]), und beide sind Partei in diesem Prozesse, nicht die Subjekte der gerichtlich geltend gemachten Privatrechte.

An anderer Stelle[11]) wieder behauptet John: „der Staatsanwalt ist es (Partei) um deswillen nicht, weil er nach Massgabe des Gesetzes auch zu Gunsten[12]) des Angeschuldigten oder Angeklagten thätig sein soll"[13]).

Aber[14]) schliesst denn die Pflicht oder das Recht eines staatlichen Organes, ausnahmsweise, in enge ge-

[7]) II, S. 14.

[8]) B.G.B. § 1380.

[9]) K.O. § 36.

[10]) Vgl. Hellwig S. 6.

[11]) II, S. 185.

[12]) Z. B. § 338 I; öst. § 282 I, 354.

[13]) Gegen die Berechtigung des Gesetzgebers, dem Staatsanwalt diese Pflicht aufzuerlegen, spricht sich Planck S. 507, 508 aus.

[14]) Vgl. v. Kries S. 192f., 637, Dochow S. 290, 291, Motive S. 195f (Hahn III, 1. S. 245).

zogenen Grenzen, zu Gunsten des Beschuldigten tätig zu werden, die Möglichkeit aus, dass es in allen übrigen Lagen des Rechtsstreits als Gegner des Angeklagten auftrete?

Und weiterhin meint[15]) derselbe Schriftsteller: „es würde unter allen Umständen unmöglich sein, den Staatsanwalt zu einer klägerischen Partei zu machen. Denn es bleibt absolut ausgeschlossen, dass das öffentliche Interesse darin bestehen könnte, dass möglichst viel und möglichst schwer gestraft werde; sondern allein darin besteht das öffentliche Interesse, dass der Schuldige und dass dieser nicht schwerer, als seine That es bedingt, gestraft werde".

Mit Recht wendet sich v. Kries[16]) gegen diese Ausführung. „Wenn die Staatsanwaltschaft im öffentlichen Interesse klagt, so wird dieses letztere freilich für den Umfang massgebend sein, in welchem sie von ihren Parteirechten Gebrauch macht. Folgt denn aber aus dem Begriff der Parteien, dass dies letztere stets in dem denkbar weitesten Umfange geschehen müsse?

Kann denn im Civilprozess die Partei sich nicht mit einem minus begnügen, obgleich sie nach der prozessualen Lage das majus verlangen könnte? Vor allem aber, auch im Civilprozesse, kommen doch Fälle vor, wo die Partei erklärt, „sie wolle ihr Recht haben, sie wolle dasjenige erlangen, was sie von Rechtswegen beanspruchen dürfe." Ich glaube, die Situation einer solchen Partei ist von der des Staatsanwalts nicht wesentlich verschieden".

Wie wir den Gründen nicht beipflichteten, die gegen

---

[15]) II, S. 186.

[16]) Z. IX, S. 27, Note 28.

eine Annahme der Parteistellung des Beschuldigten ins Feld geführt werden, vermögen wir auch diejenigen nicht als stichhaltig zu bezeichnen, die gegen die Parteistellung des Staatsanwalts sprechen sollen.

Eine vielfach erörterte Frage ist es ferner, ob die Staatsanwaltschaft selbst Partei ist oder „prozessualisch[17]) genau genommen Vertreter der Partei, ebenso wie es eine andere Behörde im Prozess des Fiskus ist". Wir wollen hier dieser Frage nicht näher treten, da sie für unsere weitere Betrachtung belanglos ist. Nennt doch Mittermaier[18]) diese Frage einen blossen Wortstreit und meint: „der[19]) Staat wird als Strafberechtigter materiell und formell als Partei im Strafprozess durch den Staatsanwalt dargestellt: es verschlägt wenig, welchem der zwei Begriffe wir die Parteieigenschaft geben". Ebenso glaubt v. Kries[20]), „die abgekürzte Redewendung ist . . unbedenklich, wenn man sich nur des korrekten Sachverhältnisses bewusst bleibt".

§ 11.

II. Die auf der Scheidung von Verhandlung und Beweisaufnahme beruhende Sonderung der beiden Begriffe.

Wir haben — notwendiger Weise etwas vom Thema abweichend — darzulegen versucht, dass es in unserm Strafprozess Parteien gibt, indem wir die

[17]) v. Kries Z. IX, S. 28 Anm.
[18]) „Die Parteistellung der Staatsanwaltschaft" S. 136.
[19]) A. a. O. S. 175.
[20]) S. 186.

gegen ihre Existenz vorgebrachten Gründe zu entkräften trachteten.

Das Vorhandensein von Parteien gibt nun dem Prozess ein besonderes Gepräge, beeinflusst vor allem die Sammlung des Entscheidungsstoffes und muss deshalb auch auf die Grundsätze starke Wirkung äussern, nach denen der Entscheidungsstoff als Urteilsgrundlage verwertet wird. Während nämlich „die[1]) Untersuchungsform" im inquisitorischen Verfahren „als Prozesssubjekt lediglich und allein den Richter kennt", der die drei Funktionen, „die[2]) Rechtsverfolgung, die Rechtsverteidigung, die Rechtsprechung" in seiner Hand vereinigt, der Beschuldigte hingegen nur „für[3]) die richterliche Wahrheitserforschung als die vorzüglichste Erkenntnisquelle erscheint", ist im Akkusationsprozess „für[4]) jede der drei Funktionen ein besonderes Prozesssubjekt anerkannt". Dort also sucht der Richter, durch den Beschuldigten selbst, durch Zeugen, Sachverständige oder sonstige Beweismittel sich „über[5]) die Wahrheit oder Unwahrheit der Anschuldigung zu informieren"; hier dagegen spielt sich vor dem Richterstuhl ein Rechtsstreit dritter Personen ab, des Anklägers und des Angeklagten.

Freilich muss der Richter auch bei dieser Anlage des Verfahrens in den Gang des Prozesses eingreifen, zumal Prozessleitende Vorschriften geben, aber nur, soweit nicht Parteirechte hiedurch verletzt werden;

[1]) Birkmeyer S. 139.
[2]) Ders. S. 132.
[3]) Ders. S. 141.
[4]) Ders. S. 132.
[5]) Ders. S. 141.

keinesfalls darf er mehr nach freiem Ermessen[6]) und ohne Schranken nur darnach streben, der Wahrheit zum Siege zu verhelfen.

Dagegen[7]) tritt auch hier eine rein selbständige[8]) Stellung des Richters grundsätzlich wieder bei der Beweisaufnahme zu Tage, d. h. bei derjenigen, vorwiegend[9]) richterlichen „Thätigkeit[10]) im Prozess, durch welche die Wahrheit einer für die Entscheidung erheblichen Thatsache festgestellt wird". Denn da wird ja dem Richter allein bewiesen, und nur auf seine Überzeugung von Wahrheit oder Unwahrheit erheblicher Tatsachen kommt es an.

Der Entscheidungsstoff nun, den so einerseits das Verhandeln der Parteien und andererseits die Beweisaufnahme ergibt, kann mittelbar oder unmittelbar zur Grundlage des Urteils gemacht werden. Mittelbar, wenn dem Urteilenden der Stoff durch ein dazwischen tretendes Medium an die Hand gegeben wird, durch Protokolle einer anderen Behörde oder ein Referat über das, was sich vor ihr zugetragen hat; unmittelbar, wenn das Urteil ohne derartige Vermittelung gefällt wird.

---

[6]) Note 7, S. 17 dies. Abh.

[7]) Dass auch dem Gesetze diese scharfe Scheidung geläufig sei, ergibt C.P.O. § 370 I: Erfolgt die Beweisaufnahme vor dem Prozessgericht, so ist der Termin, in welchem die Beweisaufnahme stattfindet, zugleich zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung bestimmt.

[8]) Vgl. Bennecke S. 406 Note 4.

[9]) Ausnahmen (nach Birkmeyer S. 402, 403): §§ 167, 191, 223, 224, 225, 229, 230 (passive Beteiligung der Parteien) — Rekognition, Konfrontation, Fragestellung gemäss § 239 II, Kreuzverhör nach § 238 (aktive Teilnahme der Parteien).

[10]) Birkmeyer S. 395.

Soweit Behauptungen der Parteien in Frage stehen, also Verhandeln vorliegt, „verlangt[11]) die Unmittelbarkeit, dass der erkennende Richter diese selbst höre und sehe", dass sich also kein die Erkenntnis trübendes Mittel zwischen die Partei und die Sinne des Richters einschiebe. „Der Beweis" hingegen „wird geführt teils mit Personen, teils mit Sachen. Die Unmittelbarkeit verlangt, dass der erkennende Richter die letzteren selbst sehe (bezw. sonst sinnlich wahrnehme), die ersteren selbst höre und sehe. Soweit nun die Unmittelbarkeit verlangt, dass der Richter die behauptenden und beweisenden Personen selbst höre, verlangt sie zugleich, dass die letzteren zum erkennenden Richter selbst sprechen; insoweit fällt also das Gebiet der Unmittelbarkeit mit dem der Mündlichkeit zusammen".

Indes deckt sich auch hier nur das Anwendungsgebiet der beiden Grundsätze, nicht aber sind sie selbst, in diesem Umfange, gleichbedeutend; denn „in[12]) den Fällen der mündlichen Berichterstattung findet Mündlichkeit, aber keine Unmittelbarkeit statt".

Obschon also der Ausdruck Unmittelbarkeit auch für das Parteivorbringen zutreffend zu gebrauchen wäre, und sogar ein bei Gebrauch des Ausdruckes Mündlichkeit mögliches Missverständnis, als ob jede mündliche Verhandlung unmittelbar wäre, so vermieden würde, wollen wir doch mit Rücksicht auf das Parteivorbringen uns nur des Ausdrucks Mündlichkeit des Verfahrens bedienen. So grenzt sich gegenüber dem unvermittelten Verhandeln der Par-

[11]) Ders. S. 510.

[12]) Ders. S. 511 Note 11.

teien vor dem Richter jedes Vermitteln, das ja doch meist in Schriftform erfolgt, scharf ab und der Ausdruck Unmittelbarkeit bleibt ungeschmälert dem Gebiete der Beweisaufnahme vorbehalten.

Denn hier erscheint es als das einzig richtige[13]), im Gegensatz zum Verhandeln der Parteien überhaupt nur von Unmittelbarkeit zu sprechen auch in den Fällen der Vernehmung von Auskunftspersonen, denn soweit Beweis in Frage steht, handelt es sich nur darum, dass sich kein entbehrliches Mittel einschiebe zwischen Richter und Beweisobjekt, nicht aber soll die Form der Beweisaufnahme mittels dieses oder jenes Sinnesorganes charakterisiert werden.

Zudem liesse sich für die Beweisaufnahme die Bezeichnung Mündlichkeit nur in ganz beschränktem Umfange verwenden. Denn „soweit[14]) die Unmittelbarkeit auch verlangt, dass der erkennende Richter die behauptenden und beweisenden Personen und Sachen selbst mit anderen Sinnen als dem Gehörsinne wahrnehme, reicht die Unmittelbarkeit über ein Gebiet hin, auf dem von Mündlichkeit nicht mehr gesprochen werden“ kann.

Dieser Anschauung folgt auch Geyer[15]), wenn er meint, das Prinzip der Unmittelbarkeit werde „mit einem zu engen Ausdruck Mündlichkeit genannt“. Und ähnlich äussert sich Bennecke[16]): „Hier (für die Beweisaufnahme) passt nur der Ausdruck Unmittelbarkeit. Das Gericht schafft sich die Kenntniss

---

[13]) Vgl. v. Kries S. 347, Z. VI, S. 104

[14]) Birkmeyer S. 511.

[15]) S. 11.

[16]) S. 407.

der bedeutsamen Thatsachen, indem es die Beweismittel selbst und unmittelbar benutzt".

Und mit Recht fasst Birkmeyer[17]) zusammen: „Es erscheint als das Richtige, zu sprechen von der Unmittelbarkeit des Verfahrens, in dem Sinne einer unmittelbaren sinnlichen Wahrnehmung alles Entscheidungsstoffes durch das erkennende Gericht selbst, welche dann zerfällt in die Mündlichkeit der Verhandlung und in die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme".

Mithin verstehen wir unter dem Prinzip der Mündlichkeit den Grundsatz, dass die Parteien dem Richter den Entscheidungsstoff unvermittelt durch Rede und Gegenrede in mündlicher Verhandlung vorführen und in freier Rede und Gegenrede ihre Anträge stellen und begründen; unter dem Prinzip der Unmittelbarkeit aber den Grundsatz, dass der Urteilende selbst aus den Beweismitteln, unter Vermeidung jedweder[18]) Vermittelung, die Kenntnis der für die Entscheidung bedeutsamen Thatsachen, in der durch die Art des Beweismittels gebotenen Form sinnlicher Wahrnehmung schöpft[19]).

§ 12.

III. Die gesetzliche Quelle für beide Grundsätze.

Durch welche Bestimmungen hat nun der Gesetzgeber die Grundsätze der Mündlichkeit der Verhand-

[17]) S. 511.

[18]) Gegen eine einschränkende Formulierung, etwa „unter Vermeidung jedweder entbehrlichen Vermittelung", mit Recht v. Kries Z. VI, S. 110.

[19]) Diese Definition bedarf noch einiger Erläuterung, da unser Prinzip von Anderen in einem völlig abweichenden Sinne aufgefasst wird; vgl. dazu S. 76 ff. dies. Abh.

lung, der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme zum geltenden Recht gemacht?

Ausdrücklich bestimmt unsere C.P.O. in § 128: Die Verhandlung der Parteien über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gericht ist eine mündliche[1]).

Und der Entwurf der St.P.O. sah in § 24 vor: Der Urteilsfällung muss eine mündliche Verhandlung vor dem erkennenden Gericht (Hauptverhandlung) vorangehen. Doch wurde „diese[2]) Vorschrift von der R.J.K. gestrichen, da man sie für selbstverständlich erachtete".

Über die Beweisaufnahme aber bestimmt C.P.O. § 355: Die Beweisaufnahme erfolgt vor dem Prozessgerichte. Sie ist nur in den durch dieses Gesetz bestimmten Fällen einem Mitgliede des Prozessgerichts oder einem anderen Gerichte zu übertragen.

In der Strafprozessordnung ist nun dieser „Grundsatz[3]) ebensowenig wie der der Mündlichkeit ausdrücklich ausgesprochen, liegt aber den Vorschriften über die Beweisaufnahme überall zu Grunde", ist in den „Postulaten[4]) und Konsequenzen unzweideutig anerkannt". Wie so oft in Gesetzgebungswerken, fand auch hier der leitende Grundgedanke selbst keinen klaren Ausdruck in einer umfassenden Bestimmung, er muss vielmehr als das höhere Gesetz erst aus einer Reihe von vorgesehenen Anwendungsfällen geschält, seine Anerkennung aus der Durchführung seiner Folgerungen entnommen werden.

---

[1]) Ebenso öst. § 440.
[2]) v. Kries S. 256.
[3]) Rosenfeld S. 68.
[4]) Birkmeyer S. 512.

Zurückzuweisen ist mithin die Annahme, die Grundsätze seien allein diesem oder jenem Paragraphen des Gesetzes zu entnehmen. So meint das Reichsgericht[5]) von § 249: „Dieser § hat den Grundsatz der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit des Beweisverfahrens festgestellt".

Über eine ähnliche Ansicht von Ditzen wurde bereits oben[6]) gesprochen.

[5]) E. II, S. 161.
[6]) S. 24 dies. Abh.

IV. Abschnitt.

Anwendung des Prinzips der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit in der Hauptverhandlung erster Instanz.

1. Kapitel.

Anwendung des Prinzips der Mündlichkeit.

§ 13.

I. Erfordernis der Anwesenheit der Parteien zur mündlichen Verhandlung.

Zweck der bisherigen Erörterungen war es, mancherlei Unklarheiten zu beseitigen, die sich mit den Begriffen Mündlichkeit und Unmittelbarkeit in dieser oder jener prozessualen Darstellung verbinden, also dem Übelstande zu begegnen, dass „die[1]) „Unmittelbarkeit" und „Mündlichkeit" wie ein Dunstkreis erscheint, welcher die verschiedenartigsten Dinge bis zur Unterscheidungslosigkeit zu umhüllen geeignet ist". Damit aber sollte zugleich ein fester Stützpunkt für die weiteren Auseinandersetzungen gewonnen werden; denn nur wenn wir uns darüber klar geworden, was die Begriffe besagen und umschliessen, vermögen wir zu erkennen, in welchem Umfang sie im geltenden Recht Anerkennung gefunden haben.

[1]) Rupp. S. 125.

Auf dieser Grundlage sei es nun versucht, die Anwendung der Prinzipien im geltenden Recht darzustellen.

In erster Linie erfordert die gesetzliche Durchführung des Grundsatzes der Mündlichkeit die Anwesenheit der Parteien in der Hauptverhandlung zum Verhandeln.

Die Anwesenheit der Staatsanwaltschaft schreibt § 225[2]) im allgemeinen für die ganze Dauer der Hauptverhandlung vor mit der Wirkung (§ 377 Ziff. 5), dass Nichtbeachtung[3]) dieser Bestimmung ohne weiteres die Anfechtbarkeit des Urteils mit sich bringt; ausserdem setzen aber mehrere Einzelvorschriften (§§ 257[4]), 291[5]), 299[6])) fest, in welchen Momenten der Hauptverhandlung die Staatsanwaltschaft zuzuziehen und zu hören ist.

Der Privatkläger kann jederzeit selbst und zwar stets im Beistand (§ 418[7])) eines Rechtsanwalts erscheinen oder aber sich durch einen mit schriftlicher Vollmacht versehenen Rechtsanwalt vertreten[8]) lassen; er wird zugezogen und gehört (§ 425[9])), insoweit in dem Verfahren auf erhobene öffentliche Klage die Staatsanwaltschaft zuzuziehen und zu hören ist.

Sein Nichterscheinen gilt als Zurücknahme

[2]) Part. R. Planck S. 108; öst. § 31; Code art. 273.
[3]) Part. R. ders. S. 538 sub b.
[4]) Part. R. ders. S. 380—387; 476 unten
[5]) Part. R. ders. S. 425.
[6]) Part. R. ders. S. 433—436.
[7]) Part. R. ders. S. 165; öst. § 50.
[8]) Part. R. ders. S. 165; öst. §§ 50, 241 I.
[9]) Öst. § 46 II.

(§ 431 II[10])) der Klage, ebenso wie das Ausbleiben des Vertreters der nach § 464 selbständig klagenden Verwaltungsbehörde (§ 466). Der Tod des Privatklägers (§ 438) hat dagegen regelmässig die Einstellung des Verfahrens zur Folge.

Das Ausbleiben des Nebenklägers oder seines Anwalts hält dagegen den Fortgang der Verhandlung nicht auf (§ 440[11])); sein Widerruf oder Tod benehmen nur der Anschlusserklärung ihre Wirkung (§ 442).

Wie die Anwesenheit der klagverfolgenden Partei, so erfordert das Prinzip der Mündlichkeit auch die des Angeklagten[12]).

Schon eine Anzahl allgemeiner Vorschriften will dafür Sorge tragen, dass der Beschuldigte zur Verhandlung richtig zur Stelle sei.

[10]) Part. R. ders. S. 162 Note 10, S. 334; öst. §§ 46 III, 49 II; anders öst. § 471 IV.

[11]) Öst. § 47 II, 3 („Privatbetheiligter").

[12]) Was hienach für den Angeklagten gilt, findet auch auf den Mitangeklagten Anwendung; ist er doch während des ganzen gemeinsamen Verfahrens ebenso Partei, als wenn die Anklage gegen eine einzige Person sich richtete. Deshalb hat er auch Recht und Pflicht, während der ganzen Verhandlung anwesend zu sein; und zwar gilt dies, wenn die Mitanklage mehrere strafbare Handlungen umfasst, ausnahmslos auch für die Verhandlung jener einzelnen Fälle, an denen nur einem der Mitangeklagten, nicht beiden eine strafbare Beteiligung zur Last fällt. Z. B. X und Y sind wegen einer Anzahl strafbarer Handlungen gemeinsam angeklagt; dieser als Dieb, jener als Hehler. X hat nicht nur dem Teile der Verhandlung anzuwohnen, dessen Gegenstand diejenigen Diebstähle des Y bilden, an denen sich auch X selbst als Hehler beteiligte, sondern ebenso jenem, der sich ausschliesslich auf solche Diebstähle des Y bezieht, an welchen X als Hehler nicht teilnahm.

So erlaubt § 102[13]) bei demjenigen, welcher als Täter oder Teilnehmer einer strafbaren Handlung oder als Begünstiger oder Hehler verdächtig ist, eine Durchsuchung der Wohnung und anderer Räume, sowie seiner Person und der ihm gehörigen Sachen zum Zweck seiner Ergreifung. Die Untersuchungshaft (§ 113[14])) kann wegen Fluchtverdachts[15]) oder Kollusionsgefahr[16]) angeordnet und zu ihrer Vollziehung, selbst vor Erhebung der öffentlichen Klage, ein Haftbefehl (§ 125[17])) erlassen werden. Auf Grund eines solchen Befehls kann ferner steckbriefliche Verfolgung (§ 131[18])) Platz greifen, wenn der zu Verhaftende flüchtig ist oder sich verborgen hält. Zur vorläufigen Festnahme (§ 127[19])), auch ohne richterlichen Befehl, ist weiterhin jedermann befugt, wenn jemand auf frischer Tat betroffen oder verfolgt wird und seine Persönlichkeit nicht sofort festgestellt werden kann oder Fluchtverdacht begründet ist.

Die schriftliche Ladung[20]) des Beschuldigten zur Vernehmung kann unter der Androhung (§ 133[21])) geschehen, dass im Falle des Ausbleibens seine Vorführung erfolgen werde; liegen aber Gründe vor (§ 134), welche die Erlassung eines Haftbefehls recht-

[13]) Öst. § 404.

[14]) Öst. § 452 Ziff. 3, strenger Code art. 40 I, 61 I, 100 I.

[15]) Part. R. Planck S. 264; öst. §§ 175 I, 2, 180 I, II.

[16]) Part. R. ders. S. 264, 265; öst. §§ 175 I, 3, 180 I, II.

[17]) Code art. 40 II.

[18]) Part. R. Planck S. 266; öst. §§ 416, 452 Ziff. 2.

[19]) Part. R. ders. S. 280—283; nicht so weit geht öst. §§ 141 I, II, 175 f., 452 Ziff. 1; wohl aber Code art. 106.

[20]) Code art. 91 I.

[21]) Part. R. Planck S. 255; öst. § 173 II; anders Code art. 91 I, II.

fertigen würden, so kann die sofortige Vorführung[22]) des Beschuldigten verfügt werden.

Ebenso[23]) geschieht die Ladung eines auf freiem Fusse befindlichen Angeklagten unter der Warnung, dass im Falle unentschuldigten Ausbleibens seine Verhaftung oder Vorführung erfolgen werde.

Der Gestellung eines von der Gerichtsstelle Abwesenden dienen des weiteren die Vorschriften über Zustellungen im Auslande (C.P.O. §§ 199—202, gemäss Str.P.O. § 37), sowie die über öffentliche Zustellung (§ 40[24])), desgleichen die Massregeln der Vermögensbeschlagnahme (§ 332[25])) und der Erteilung des sicheren Geleits (§ 337[26])).

Wie nun diese Massregeln[27]) insgesamt darauf abzielen, den Beklagten für die Hauptverhandlung

---

[22]) Part. R. Planck S. 258; öst. § 175; Code art. 91 III (in jedem Falle eines délit emportant peine afflictive ou infamante).

[23]) § 215 I; Part. R. Planck S. 334; öst. § 221 I; strenger Code art. 131 (schon bei der Entlassung aus der Untersuchungshaft erhält er den Befehl, am bestimmten Tage zu erscheinen), 134 (Widerruf dieser Entlassung), 193 (Zuständigkeit eines oberen Gerichts), 214 (Berufungsinstanz), 230 (Zuständigkeit eines untern Gerichts), 231 III (bei der mise en accusation), 237, 248, 498.

[24]) Part. R. Planck S. 256, 257; öst. §§ 79 III, 80 III, 422 II.

[25]) Part. R. ders. S. 276; Code art. 465 III.

[26]) Part. R. ders. S. 277, 278; öst. § 419; ausserdem noch in Österreich (§ 425) das Erkenntnis, dass dem Angeklagten während seiner Abwesenheit die Ausübung der staatsbürgerlichen Rechte untersagt sei; ebenso Code art. 465 III.

[27]) Code art. 109 schreibt eine eigene Protokollaufnahme (procès-verbal) vor darüber, dass alle anwendbaren Mittel tatsächlich gebraucht wurden, um den Beschuldigten zu ergreifen. — Die vorläufige Entlassung aus der Untersuchungshaft ist im französischen Recht (Code art. 113 f.) an schwerere Bedingungen geknüpft als im deutschen (§ 117 f.) und österreichischen (§ 190 f.) Recht; vgl. Note 22 S. 47 dies. Abh.

zur Stelle zu bringen, so ist auch während ihrer Dauer dafür gesorgt, dass er sich an der Verhandlung beteiligen könne.

Eigentlich würde ja „das[28]) Prinzip der materiellen Wahrheit, wenn strenge durchgeführt, verlangen, dass dem Beschuldigten nicht nur ein Recht auf Gehör eingeräumt, sondern auch eine Pflicht, sich hören zu lassen und die Wahrheit zu sagen, auferlegt werde, damit nicht durch sein Schweigen oder Lügen dem Richter die Erkenntnis der Wahrheit erschwert oder unmöglich gemacht werde. Allein der Zwang zu wahrheitsgemässer Aussage, der dann geübt werden muss, negiert die freie Persönlichkeit des Beschuldigten. Diejenige Gestaltung des Strafprozesses also, welche den Beschuldigten als Prozesssubjekt gelten lässt, und in ihm kein blosses Objekt des Verfahrens sieht, muss auf Statuierung einer solchen Pflicht, sich wahrheitsgemäss hören zu lassen, verzichten“ und sich demnach mit Einräumung des Rechts auf jederzeitiges Gehör begnügen.

Dieser Forderung trägt nun unsere St.P.O. Rechnung in den §§ 25[29]), 242 III[30]), 256[31]), 257[32]), 264[33]), 282[34]), 291[35]), 299[36]), 314 II[37]).

---

[28]) Birkmeyer S. 82.

[29]) Weniger weit geht öst. § 73.

[30]) Part. R. Planck S. 345; öst. §§ 245, 315; Code art. 405.

[31]) Part. R. Planck S. 370; öst. §§ 245 I, 248 IV, 252 III; Code art. 319 I.

[32]) Part. R. Planck S. 476; öst. § 255; Code art. 335 I.

[33]) Öst. § 263 I.

[34]) Öst. § 308.

[35]) Öst. § 316.

[36]) Part. R. Planck S. 380—387; öst. § 324, ähnlich § 457.

[37]) Part. R. Planck S. 476; öst. § 255; Code art. 335 I.

Besonders ist noch zu beachten, dass der Angeklagte, der zeitweise aus dem Sitzungszimmer entfernt werden musste (§ 246[38]; G.V.G. § 178[39]) von dem wesentlichen Inhalte desjenigen zu unterrichten[40]) ist, was während seiner Abwesenheit ausgesagt oder sonst verhandelt wurde, vor allem auch von den Anträgen der Staatsanwaltschaft[41]). Im übrigen[42]) darf sich der Angeklagte aus der Verhandlung gar nicht entfernen; dem Vorsitzenden steht demgemäss die Macht zu, durch geeignete Massregeln seine Entfernung zu verhindern.

II. Grundsätzlicher Ausschluss des Abwesenheitsverfahrens.

§ 14.

A. Der Grundsatz und sein Ursprung; geschichtliche Notizen.

So mannigfach die Mittel sind, die das Gesetz anwendet, das Erscheinen und Verbleiben des Angeklagten in der Hauptverhandlung zu gewährleisten, ebenso fest hält es, im Gegensatz zu früheren Rechtsordnungen und mit nur geringen Abweichungen von der Regel, an dem Satze fest, dass gegen den gleichwohl nicht zur Gerichtsstelle geschafften Angeklagten kein Verfahren stattfinden und darum kein Urteil ergehen soll.

Dieser Satz ist ein Ausfluss des Mündlichkeits-

---

[38]) Öst. § 250 I; Code art. 327.

[39]) Öst. § 234.

[40]) Part. R. Planck S. 369, 454, Zachariae I, S. 58; nicht so öst. § 234, wohl aber § 250; Code art. 327.

[41]) E. XXXII S. 88.

[42]) Weitere Ausnahme öst. § 275.

prinzips, wenn auch nicht dieses Prinzips allein[1]); also des Grundsatzes, dass sich der Rechtsstreit der Parteien in Rede und Gegenrede vor dem Richter abspiele. Denn ohne Anwesenheit der beiden Gegner lässt sich dies Verfahren nicht erfolgreich durchführen; insbesondere müsste die regelmässige Zulassung einer Vertretung des Angeklagten mit Sicherheit zum Verluste fast aller der diesem modus procedendi eigenen Vorzüge führen.

Unangebracht ist darum der Einwurf: „Der[2]) Grundsatz der Mündlichkeit hat damit (mit dem Verbot des Abwesenheitsverfahrens) gar nichts zu schaffen; ist etwa das Kontumazialverfahren ein schriftliches?“ Sicherlich wird niemand diese Behauptung aufstellen wollen, aber auch kaum einer leugnen, dass das Abwesenheitsverfahren nicht als ein mündliches in dem obigen Sinne gelten kann, mag auch das gesprochene Wort, nicht die Schrift in ihm vorherrschen und Urteilsgrundlage sein.

Als einseitige Auffassung muss[3]) es aber auch erscheinen, wenn ausschliesslich andere Umstände, unter Nichtbeachtung des Einflusses des Mündlichkeitsprinzips, als Gründe für das Verbot des Kontumazialverfahrens angesehen werden; so der Ausschluss von Fiktionen und Präsumtionen, sowie das audiatur et altera pars[4]) oder der Grundsatz der materiellen

[1]) Vgl. Meyer b. Holtzendorff II S. 222, Binding S. 200, Geyer S. 671, Ullmann deutsch S. 532.

[2]) v. Kries S. 265 Note 1.

[3]) Vgl. Meyer „Das Verfahren gegen Abwesende.“

[4]) Birkmeyer S. 103.

Wahrheit[5]) oder etwa das Prinzip der amtlichen Ermittelung[6]) oder das Untersuchungsprinzip[7]).

Der grundsätzliche Ausschluss des Abwesenheitsverfahrens durch unsere St.P.O. muss als durchgreifende Neuerung[8]) gegenüber dem durch die jüngeren deutschen Gesetzgebungen geschaffenen Rechtszustande erachtet werden; denn während im gemeinen Recht, in Übereinstimmung mit dem „im[9]) ältern deutschen wie im römischen Recht[10]) vorherrschenden Grundgedanken", bei Unanwendbarkeit oder Erfolglosigkeit von Zwangsmitteln zur Gestellung des Angeklagten „das[11]) Verfahren in der Sache selbst auszusetzen" war, „dagegen als Strafe des Ungehorsams gewisse Nachteile über den Flüchtigen verhängt werden" konnten, „kennen[12]) fast alle deutschen Gesetze selbst in den schwersten Straffällen ein Verfahren gegen den Ungehorsamen, in welchem in seiner Abwesenheit ein Urtheil in der Sache selbst hervorgerufen werden kann[13])". „Die[14]) Anlage des Verfahrens in der Sache selbst ist" dann allerdings „sehr verschieden gestaltet[15])".

---

[5]) v. Kries S. 265 Note 1.

[6]) Zachariae II, S. 391.

[7]) Gerau, Arch. 1855 S. 583 ff ; Walther, „Die Lehre von den Rechtsmitteln" II S. 223.

[8]) Vgl. Motive S. 188 (Hahn, III, 1 S. 238).

[9]) Planck S. 478.

[10]) Vgl. S. 4, 8, Note 17 S. 56 dies. Abh.

[11]) Planck S. 481.

[12]) Ders. S. 482.

[13]) Ebenso Code art. 244, 467 f., bes. 470; Ausnahme 519 II.

[14]) Planck S. 485.

[15]) Des näheren Planck S. 482—488.

B. Die Ausnahmen und ihre Begründung.

§ 15.

1. Bezüglich des „ausgebliebenen" Angeklagten.

Von dem aufgestellten Grundsatze weicht nun unser Gesetz in einigen wenigen Fällen ab, sowohl was den „ausgebliebenen" (§ 229), als was den „abwesenden" (§ 318) Angeklagten anlangt.

Nicht als Ausnahmen können die Bestimmungen der §§ 50, 77, 145 angesehen werden, da das hier vorgesehene Verfahren nicht als Kontumazialverfahren in dem gewöhnlichen Sinne gelten kann. Vielmehr handelt es sich da nur um eine Verhängung von Ordnungsstrafen innerhalb des Strafprozesses gegen solche Personen, deren Anwesenheit in der mündlichen Verhandlung lediglich zu der erfolgreichen Durchführung des eigentlichen Rechtsstreites, welcher die Anerkennung des staatlichen Strafanspruchs gegenüber dem Angeklagten zum Gegenstand hat, von Nöten ist.

Inwiefern des weiteren § 246[1]) nur scheinbar eine Ausnahme darstellt, wurde bereits[2]) angedeutet: „Dem[3]) Angeklagten wird die nämliche Gelegenheit zur Verteidigung gewährleistet, wie wenn er der Verhandlung in jedem Moment angewohnt hätte"; er kann, wieder in das Sitzungszimmer gebracht, den Ausführungen der Staatsanwaltschaft begegnen, wie wenn er anwesend geblieben wäre. Und zwar gilt dies nicht allein von dem materiellen Teil der Ver-

---

[1]) Part. R. Planck S. 369, 454.
[2]) S. 49 dies. Abh.
[3]) Birkmeyer S. 104.

handlung, von dem, der sich mit der Tat selbst befasst; vielmehr muss beispielsweise der Angeklagte, wenn nach seiner Entlassung aus dem Sitzungszimmer ein Antrag auf Ausschluss der Öffentlichkeit gestellt wird, ebenfalls vor der Beschlussfassung hierüber in den Sitzungssaal zurückgeführt werden und ist nunmehr mit ihm über diesen Antrag zu verhandeln[4]).

Ebensowenig wie § 246 kann auch § 301 als Ausnahme von der erwähnten Gesetzesregel angesehen werden. Denn in diesem Falle erfolgt die Entfernung des Angeklagten aus dem Sitzungszimmer erst nach der Beendigung des Verhandelns, bei Beginn der Beratung durch die Geschworenen. Wird dann aber die Beratung endgiltig oder einstweilen abgebrochen und zugleich die Verhandlung selbst wieder aufgenommen, so muss der Angeklagte naturgemäss jedesmal sofort wieder zurückgeführt werden. So z. B. wenn sich Anlass zur Änderung oder Ergänzung der Fragen an die Geschworenen ergibt (§ 311 II).

Nicht jedoch ist sein Zurückverbringen für den Fall geboten, dass die Geschworenen vor Abgabe des Spruches einer weiteren Belehrung bedürfen und zu dem Zweck in den Sitzungssaal zurückkehren (§ 306). Zwar stellt sich diese erneute Belehrung nicht minder als eine Fortsetzung der Hauptverhandlung dar, sodass vor allem § 225 beobachtet werden muss[5]), und an sich auch die Gegenwart des Angeklagten nötig wäre; allein § 306 II beschränkt ausdrücklich die Not-

---

[4]) Entscheidung des II. Strafsenates des Reichsgerichts vom 4. November 1902.

[5]) E IX. S. 271, R. III. S. 535, V S. 787.

wendigkeit seiner Anwesenheit auf den Fall, dass sich gelegentlich der neuen Belehrung Veranlassung zur Änderung oder Ergänzung der Fragen bietet, schreibt sie also für alle sonstigen Fälle nicht vor.

Diese Regelung ist deswegen sehr zweckmässig, weil der Angeklagte leicht dazu kommen möchte, an der Fähigkeit der Geschworenen, über sein Verbrechen zu richten, irre zu werden, wenn er sie von neuem in dem Sitzungszimmer erscheinen und um wiederholte Belehrung durch den Vorsitzenden bitten sieht.

Aus dieser Absicht des Gesetzgebers ist auch die weiter hier zu erwähnende Bestimmung (§§ 308, 313), die ebensowenig als Ausnahme von dem mehrfach angeführten Grundsatz gelten kann, hervorgegangen, dass der gefällte Wahrspruch im Sitzungssaale zunächst in Abwesenheit des Angeklagten von dem Obmann kundzugeben ist. Erst wenn nun das Gericht die Einleitung eines Berichtigungsverfahrens hinsichtlich des Spruches (§ 309) nicht für geboten erachtet, darf der Angeklagte wieder eintreten, um die Verkündigung des Spruches zu vernehmen und dem Fortgang der Hauptverhandlung anzuwohnen.

Dagegen setzt § 230 II[6]) eine wirkliche Ausnahme von dem Mündlichkeitsprinzip fest, mag hier auch der Forderung der materiellen Wahrheitserforschung völlig Rechnung getragen worden sein. Diese Ausnahme rechtfertigt sich aber dadurch, dass „das[7]) Bestehen auf Anwesenheit bis zum Schluss der Verhandlung eine reine Formalität sein und lediglich bewirken würde, dass es dem Angeklagten ermöglicht würde,

[6]) Part R. Planck S. 480.

[7]) Birkmeyer S. 104.

«eine[8]) begonnene und vielleicht schon dem Abschluss nahe Hauptverhandlung unwirksam und gleichsam ungeschehen zu machen»“:

Eine praktisch wohl wichtigere Ausnahme enthält des weiteren § 232[9]) für den Fall, dass der Aufenthaltsort des Angeklagten von der Gerichtsstelle sehr weit entfernt liegt, und für ihn nur eine unbedeutende Strafe zu erwarten steht. Hier „würde[10]) ein Zwang zum Erscheinen, also zur Herreise aus dem weit entfernten Aufenthaltsort, dem Angeklagten unter Umständen ein grösseres Übel bedeuten, als die voraussichtlich zu verhängende Strafe selbst“.

Ebenso fasst § 231[11]) die geringe in Aussicht stehende Strafe ins Auge. Da hier der Angeklagte in der Ladung ausdrücklich auf die Zulässigkeit des Verfahrens in absentia hingewiesen[12]) werden muss[13]), ist bei unentschuldigtem Ausbleiben „die[14]) Vermutung begründet, dass er auf seine Verteidigung in der Hauptverhandlung verzichten wolle, und auf der Basis der Vermutung wird dann hier ausnahmsweise weiter verfahren“.

Von dem Fall der §§ 451, 452[15]) dagegen nimmt

---

[8]) Motive S. 132 (Hahn III, I S. 187).

[9]) Bezüglich des Part. R. vgl. Note 2 S. 58 dies. Abh.

[10]) Birkmeyer S. 105; vgl. Motive S. 132 (Hahn III, 1 S. 188).

[11]) Part. R. Planck S 494, 495; viel weiter geht öst. § 427 I; weniger weit Code art. 149 in Verbindung mit 137 f. (tribunal du juge de paix), 169 in Verbindung mit 166 (tribunal des maires) [vgl. dazu Rogron, Anm. zu 169, S. 282], 186 in Verb. mit 179 (tribunaux en matière correctionelle).

[12]) Vgl. S. 140 dies. Abh.

[13]) Ebenso öst § 454; vgl Meyer a. a. O. S. 354.

[14]) Birkmeyer S. 106; vgl. Motive S. 130 (Hahn III, I S. 186).

[15]) Part. R. Planck S. 498.

Birkmeyer[16]) an, es sei „kein eigentlicher Fall eines Verfahrens gegen Nicht-Anwesende. Denn der Fall gehört zu denen, in welchen unser Recht den Ausgebliebenen als durch seinen Vertreter[17]) erschienen betrachtet."

Wenn nun aber auch der Verteidiger ausbleibt? Dann findet doch sicherlich „eine[18]) Hauptverhandlung in seiner (des Angeklagten) Abwesenheit statt, dieselbe ist aber inhaltlich beschränkt". Das Gericht hat nämlich nur „zu[19]) prüfen a) die ordnungsgemässe Ladung; b) ob er ohne genügende Entschuldigung ausgeblieben ist; c) ev. ob der für ihn auftretende Vertreter befähigt und legitimiert ist". Dagegen „hat[20]) es insbesondere das Vorhandensein der Urteilsvoraussetzungen nicht festzustellen". Es wird dabei „nicht[21]) fingirt, dass der Angeklagte die Beschuldigung als richtig zugestehe, und demgemäss die Schuldfrage bejahend entschieden, sondern nur präsumirt, dass er seinen Einspruch nicht aufrecht erhalten, vielmehr auf ihn verzichten wolle".

Wegen ihrer inhaltlichen Beschränkung mag man diese Verhandlung mit Recht „als[22]) eine formelle Erledigung der Sache" ansehen, „für welche jedoch

---

[16]) S. 106.

[17]) Über Zulässigkeit einer solchen Vertretung im römischen Recht vgl. Zachariae II S. 266 Nr. 9, Note 10 S. 51 dies. Abh., über den kanonischen Prozess S. 4, den altgermanischen S. 8 dies. Abh., den französischen Prozess Code art. 185.

[18]) v. Kries S. 536.

[19]) Ders. S. 743.

[20]) Ders. S. 744; a. M. Voitus „Kontroversen" I S. 386.

[21]) Meves b. Holtzendorff II S. 405.

[22]) Ullmann deutsch S. 562.

nicht ein Beschluss hinreicht", oder anführen: „Das[23]) Urtheil spricht aus, es fehle an einer nothwendigen Prozessvoraussetzung für die Hauptverhandlung, nicht ergeht es zur Sache."

Im Gegensatz zu den §§ 451, 452 bildet § 427 keinen Fall einer Abwesenheitsverhandlung. Hier wie dort zwar gilt der nicht selbst anwesende Angeklagte „als[24]) durch seinen Vertreter erschienen", mithin rechtlich als zur Stelle befindlich. Bleibt aber der Anwalt ebenfalls aus, so mag in jenem Fall nach Durchführung der beschränkten Verhandlung das rein formelle Urteil auf der durch den erlassenen Strafbefehl gewonnenen Grundlage in Abwesenheit des Angeklagten ergehen, hier aber liesse sich ein solches Verfahren nicht wohl rechtfertigen, da es an einer derartigen Grundlage für eine bloss formelle Entscheidung fehlt. Es darf also hier beim Ausbleiben des Angeklagten und seines Anwalts, der Regel entsprechend, überhaupt nicht zur Verhandlung geschritten werden.

§ 16.

2. Bezüglich des „abwesenden" Angeklagten.

An Zahl noch mehr beschränkt als die Ausnahmen bezüglich des „ausgebliebenen" Angeklagten sind die mit Rücksicht auf den „abwesenden" im Gesetz vorgesehenen, d. h. auf denjenigen, dessen Aufenthalt unbekannt[1]) ist oder dessen Gestellung vor das zuständige Gericht nicht ausführbar oder

---

[23]) Bennecke S. 681.

[24]) Birkmeyer S. 106.

[1]) Öst. § 421. S. 106.

nicht angemessen erscheint, weil er sich im Ausland aufhält[2]).

Mit Unrecht zählt man hieher das in §§ 327—331 vorgesehene Verfahren zur Sicherung der Beweise. Dieses bezweckt ja nicht, eine Verurteilung des Abwesenden herbeizuführen, es will vielmehr nur für den Fall seiner künftigen Gestellung die der Abschwächung oder dem gänzlichen Verlust ausgesetzten Beweise verwertbar erhalten.

Dagegen enthält das Gesetz eine wirkliche Ausnahme im § 319, der ähnlich wie § 231, nur ganz geringfügige Delikte trifft; doch „ist[3]) der Kreis dieser Verbrechen noch enger begrenzt als in § 231", indem mit Rücksicht auf die Möglichkeit, die Vollstreckung trotz der dauernden Abwesenheit durchzusetzen, die Hauptverhandlung hier ausschliesslich dann stattfinden kann, „wenn die den Gegenstand der Untersuchung bildende That nur mit Geldstrafe oder Einziehung, allein oder in Verbindung mit einander, bedroht ist".

Ebenso sind Ausnahmebestimmungen in den §§ 470—476 enthalten, die „das Verfahren gegen Abwesende, welche sich der Wehrpflicht entzogen haben", regeln.

Durch Zuwiderhandeln gegen St.G.B. § 140 und § 360 Ziff. 3 „macht[4]) sich der Wehrpflichtige zu einem Abwesenden im Sinne des § 318 Str.P.O. Würde

[2]) Das Kontumazialverfahren des Part. R. setzt immer voraus, „dass (Planck S. 484) der geladene Angeklagte ungehorsam ausgeblieben sei; das hier bezeichnete Verfahren ist dem Part. R. daher ebenso unbekannt wie die Entbindung vom Erscheinen in der Hauptverhandlung" (S. 55 dies. Abh.).

[3]) Birkmeyer S. 107.

[4]) Ders. S. 799.

man also ihm gegenüber an der Regel festhalten, dass gegen einen Abwesenden Hauptverhandlung und Urteil nicht stattfinde, so ergäbe sich das Resultat, dass das Strafprozessrecht die Verfolgung einer Begangenschaft verböte, deren Bestrafung das Strafrecht geböte[5]).“ „Nun[6]) kennt zwar das Gesetz auch ein Verfahren gegen Abwesende ...; es hat jedoch einestheils die Grenzen der Zulässigkeit dieses Verfahrens so eng gesteckt, dass der grösste Theil der hier zu verfolgenden Delikte ausserhalb desselben liegt, anderntheils bei ihm die allgemeine Beweistheorie[7]) beibehalten, sodass eine Unterordnung der Strafverfolgung dieser Delikte unter jenes Verfahren ohne Erfolg bleiben würde.“

Wenn also der Gesetzgeber in diesen Fällen nicht darauf verzichten wollte, die Befriedigung des entstandenen staatlichen Strafanspruchs durchzusetzen, so musste er für sie ein besonderes Verfahren schaffen; auf diese Weise kann wenigstens die erkannte Geldstrafe[8]) vollstreckt werden, mag auch die Freiheitsstrafe von dem flüchtig Gegangenen nur selten abgebüsst werden können, „da[9]) erfahrungsgemäss gerade bei den in § 470 etwähnten Delikten seine Rückkehr nicht gerade häufig ist“.

Eben dieser Umstand lässt auch eine sonst sehr wohl denkbare Aussetzung des Verfahrens bis zu der

---

[5]) Vgl. Motive S. 246 (Hahn III, 1 S. 291).

[6]) Meves a. a. O. S. 444.

[7]) Vgl. Motive S. 247 (Hahn III, 1 S. 291).

[8]) Für die Sicherung ihrer Vollstreckbarkeit sorgt St.G.B. § 140, III.

[9]) Bennecke S. 695; vgl. auch Motive S. 246 (Hahn III, 1 S. 291).

Rückkehr in das Heimatland nicht als angezeigt erscheinen. Gegen die Zweckmässigkeit einer solchen spricht aber auch der Umstand, dass die Strafverfolgung einer rascheren Verjährung als die Vollstreckung unterliegt, bei der Aussetzung also im allgemeinen die Wahrscheinlichkeit grösser ist, dass die Tat ungesühnt bleibe. Für die Handlungen des § 140 St.G.B. zwar beträgt die Frist in beiden Fällen 5 Jahre[10]), für die Begangenschaft des § 360 Ziff. 3 jedoch die eine 3 Monate, die andere 2 Jahre.

Dagegen steht der Aussetzung wohl nicht der Missstand entgegen, „dass[11]) der Ausgewanderte durch Erlangung eines ausländischen Indigenats sich der Bestrafung entziehen kann". Denn wenn es richtig wäre, dass der Erwerb einer fremden Staatsangehörigkeit die Verfolgung wegen einer Tat hindere, deren Begehung die Eigenschaft eines Deutschen voraussetzt, müsste sie folgerichtig auch der Vollstreckung einer früher erkannten derartigen Strafe im Wege sein, und die Aussetzung hätte die Lage weder zum Bessern noch zum Schlimmern geändert. Die Unrichtigkeit dieser Annahme folgt aber schon daraus, dass durch Verträge mit den Vereinigten Staaten[12]), abweichend von dem sonstigen Recht, festgesetzt wurde, dass „ausgewanderte[13]) in Nordamerika natu-

[10]) Eine Ausnahme bildet § 140 Ziff. 2; hier beträgt die Vollstreckungsverjährung unter Umständen nur 2 Jahre.

[11]) Meves, a. a. O. S. 444, 445.

[12]) Und dem norddeutschen Bund vom 22. II. 68, Art. 1 und 3; Bayern vom 26. V. 68, Württemberg vom 27. VII. 68, Baden vom 19. VII. 68, Hessen vom 1. VIII. 68 (nach Rüdorff, S. 87 Anm. zu § 140).

[13]) Rüdorff, a. a. O.

ralisirte Deutsche bei der Rückkehr der Strafe (§ 140 Ziff. 1) nicht unterliegen, und etwa erkannte Strafen unvollstreckt bleiben sollen". Hiedurch ist als allgemeine Regel ausgesprochen, dass eine Änderung der Staatsangehörigkeit weder die Verfolgung noch die Vollstreckung unzulässig macht.

Ebensowenig stünde aber der Aussetzung des Verfahrens auch der Umstand entgegen, „dass[14]) die zur Kontrole über die Wehrpflichtigen berufene Behörde die Aufsicht bis zu einem fingirten Lebensalter des Wehrpflichtigen fortsetzen müsste, eine Arbeit, die bei der grossen Zahl der zu kontrolierenden Personen eine unüberwindliche Last herbeizuführen geeignet wäre." Denn sicherlich verbleibt diese Last den Kontrolbehörden auch dann, wenn eine Strafe ausgesprochen und selbst vollstreckt ist. Oder sollte es dem flüchtig Gegangenen, aus dessen Vermögen die etwa erkannte Geldstrafe geleistet wurde, freistehen, schon kurze Zeit darauf zurückzukehren und, unbehelligt von den Behörden, sich nun der dauernden Befreiung vom Heeresdienst zu erfreuen?

Hat unser Gesetz nun auch den Grundsatz des Verbotes eines Abwesenheitsverfahrens „nur[15]) für Notfälle durch Ausnahmen durchbrochen", so ist noch „überdies Sorge getragen, dass auch diese Ausnahmefälle sich so wenig als irgend möglich von der Regel entfernen".

Einmal (§ 235[16])) „kann[17]) das Gericht den im

---

[14]) Meves, a. a. O. S. 445.

[15]) Birkmeyer S. 107.

[16]) Part. R. Planck S. 480; öst. §§ 455 III, 459, 471 III; Code art. 185.

[17]) Birkmeyer S. 108.

Bereich seiner Gewalt befindlichen Angeklagten jederzeit zum persönlichen Erscheinen in der Hauptverhandlung zwingen". Des weiteren lässt hier das Gesetz (§§ 233, 322, 328, 474), abweichend von dem sonst herrschenden Grundsatze, eine Vertretung[18]) des Angeklagten zu. „Durch[19]) seinen Vertreter kommt dann der Beschuldigte auch in solchen Fällen zum Wort[20])."

Endlich kann nach § 234 unter den gleichen Voraussetzungen, wie gegen die Versäumung einer Frist, die Wiedereinsetzung[21]) in den vorigen Stand gegen das in contumaciam ergangene Urteil nachgesucht werden[22]), sofern nicht der Angeklagte auf seinen Antrag von der Verpflichtung zum Erscheinen in der Hauptverhandlung entbunden war oder von der Befugnis, sich vertreten zu lassen, Gebrauch gemacht hatte. Wird die Wiedereinsetzung gewährt, so „hat[23]) die Hauptverhandlung aufs Neue stattzufinden; sie wirkt also anders als ein Rechtsmittel, führt nicht wie dieses Verhandlung vor dem höheren Gericht, sondern Neuverhandlung vor der ersten Instanz nach sich."

---

[18]) Part. R. Planck S. 165; öst. § 455 III; Code art. 185, anders art. 468 I, Ausnahmen hievon wiederum in art. 468 II.

[19]) Birkmeyer S. 108.

[20]) Öst. § 91 I schützt seine Rechte des weitern noch dadurch, dass in diesen Fällen die Durchführung der Voruntersuchung obligatorisch ist.

[21]) Part. R. Planck S. 493; öst. § 427 III lässt Einspruch zu; ebenso Code art. 151, 187 I eine opposition au jugement par défaut.

[22]) Vgl. S. 140 dies. Abh.

[23]) Bennecke S. 528.

§ 17.

III. Vorschriften zwecks Erzielung einer Verständigung unter den Beteiligten.

Wenn das Gesetz die Anwesenheit der Parteien zur mündlichen Verhandlung verlangt, muss auch dafür gesorgt werden, „dass[1]) die bei der Verhandlung und Beweisaufnahme Beteiligten sich gegenseitig verstehen“ können.

Diesem Zwecke dient die nunmehr für das ganze Reich wirksame Bestimmung (G.V.G. § 186): Die Gerichtssprache ist die deutsche. Früher, bis zum Gesetz vom 12. Juni 1889, war durch § 12 E.G. G.V.G. für Elsass-Lothringen „das[2]) Gesetz vom 14. Juli 1871 und die kaiserliche Verordnung vom 17. September 1874 aufrecht erhalten worden, wodurch der französischen Sprache bei den dortigen Gerichten eine weitgehende Anwendung gesichert war.“

Während also fast zwei Jahrzehnte hindurch nach der Einverleibung die französische Sprache vor den Gerichten in den Reichslanden in Übung blieb, folgte man nachher der schon „in[3]) den Motiven zu dem preussischen Entwurf eines Gesetzes über die Gerichtssprache 1872“ niedergelegten Erwägung: „Ein Staat, welcher auf das nationale Gepräge Gewicht legt, muss . . . die Nationalsprache als ein Wahrzeichen seiner Einheit im gesammten öffentlichen Leben zur Anwendung bringen. Umschliesst er in seinen Gränzen eine anders redende Bevölkerung, so darf die Rücksicht auf die Freiheit der letzteren in der Ausbildung und

---

[1]) Birkmeyer S. 516.

[2]) Ders. S. 517.

[3]) Geyer S. 456.

Benutzung ihres Idioms doch niemals dahin führen, diese andere Sprache als eine gleichberechtigte Staatssprache anzuerkennen.“ —

In einzelnen Fällen wird durch Zuziehung von Dolmetschern[4]) für genügende Verständigung unter den Beteiligten gesorgt. So immer (G.V.G. § 188[5])) bei Verhandlungen mit tauben oder stummen Personen, sofern nicht eine, wenn auch einseitige[6]), schriftliche[7]) Verständigung erfolgt[8]).

Ebenso wie bei jenen Gebrechlichen wird regelmässig (G.V.G. § 187 I) verfahren, wenn eine an der Verhandlung beteiligte Person der deutschen Sprache nicht mächtig ist „oder[9]) eine in fremder Sprache abgefasste Urkunde[10]) als Beweissmittel benutzt werden soll[11])“; doch kann hier (G.V.G. § 187 II) die Zuziehung eines Dolmetschers, im Interesse einer Vereinfachung des Verfahrens, unterbleiben, wenn die beteiligten Personen sämtlich der fremden Sprache mächtig sind[12]).

---

[4]) Part. R. Planck S. 231, 375, 376; öst. §§ 163, 164, 198 III; Code art. 332 I.

[5]) Code art. 333 I.

[6]) E. XXXI, S. 313 f.

[7]) Part. R. Planck S. 113, Note 3; Code art 333 I.

[8]) „Über die Pflichten (v. Kries S. 253) des Vorsitzenden, welche sich daraus ergeben, dass der Angeklagte schwerhörig ist, also von dem Inhalt der Verhandlung nicht ohne weiteres Kenntnis erlangt“, vgl. E. XV. S. 172 f.

[9]) Hellweg S. 143 Note 1 zu § 187.

[10]) Part. R. Planck S. 240; öst. § 100.

[11]) E. IX. S. 51 f., XXV S. 353 f., XXVII S. 162 f., R. V S. 479 f.

[12]) Die Unterlassung der Feststellung, dass alle Beteiligten der fremden Sprache mächtig sind, enthält einen prozessualen Verstoss. Urteil des IV. Strafsenates des Reichsgerichts vom 3. Okt. 1902.

§ 18.

IV. Nur die mündliche Verhandlung ist die Urteilsgrundlage.

Wie nun aber der Grundsatz der Mündlichkeit fordert, dass der Rechtsstreit mündlich vor den urteilenden Richtern verhandelt werde, so verlangt er auch, „dass[1]) die Entscheidung des erkennenden Gerichts auf dieser mündlichen Verhandlung beruhe[2]), d. h. ihren thatsächlichen Stoff aus derselben entnehme". „Das[3]) Gericht darf" demnach „sein Urteil nur auf die vor ihm selbst sich eröffnenden und ergiessenden Beweisquellen stützen, nicht auf thatsächliche Erhebungen und Feststellungen, die zu anderer Zeit, an anderem Orte, von andern Personen gemacht worden sind; also insbesondere nicht auf den Inhalt der schriftlichen Voruntersuchung."

Dieser Satz findet sich in §§ 259 I, 260, 263 I, 264 I, II, 266 II ausgesprochen. Er folgt im übrigen „schon[4]) daraus, dass, wo Entscheidungen des erkennenden Gerichts ohne vorgängige mündliche Verhandlung ergehen sollen, dies immer ausdrücklich gesagt[5]) wird."

Die Vorschrift selbst hat nun wieder einen doppelten Inhalt.

---

[1]) Birkmeyer S. 512.

[2]) Part. R. Planck S. 113.

[3]) Zachariae I S. 52.

[4]) Birkmeyer S. 513.

[5]) Vgl. §§ 345, 377 Ziff. 6, 407, 410; G.V.G. §§ 30, 137 V; dagegen gehört nicht hieher G.V.G. §§ 137 III, 160 II und St.P.O. §§ 351, 494, weil es sich hier durchwegs um die Tätigkeit beschliessender, nicht erkennender Gerichte handelt.

Einmal „muss[6]) das erkennende Gericht alles, für die Entscheidung Wesentliche, was die Parteien in der mündlichen Verhandlung vorgetragen haben, bei der Entscheidung berücksichtigen". Denn „der[7]) mündliche Vortrag bildet sofort die Grundlage des Urtheils, ohne dass es einer vorgängigen schriftlichen Aufzeichnung des Inhalts bedarf". Auf der anderen Seite aber „darf[8]) die Entscheidung nichts berücksichtigen, was nicht in der mündlichen Verhandlung vorgebracht wurde, sollte es auch in den Akten des Prozesses schriftlich fixiert dem Gerichte vorliegen". Dem Richter liegt mithin die Pflicht ob, „auf[9]) sein Urtheil nichts einwirken zu lassen, was nicht ein Element der Verhandlung bildete, und daher auch umgekehrt, alles, wovon er sich bewusst ist, dass es auf sein Urtheil einwirken könnte, in dieser Verhandlung zur Sprache zu bringen".

Die Pflicht besteht insbesondere bezüglich der notorischen[10]) oder offenkundigen Tatsachen und jener, die auf Grund einer Rechtsvermutung feststehen. Denn keinesfalls kann es dem Gericht gestattet sein, „in[11]) seinem Urteil alle möglichen Thatsachen festzustellen, von denen in der mündlichen Verhandlung nicht die Rede war. Es geht dies schon daraus hervor, dass Zweifel obwalten können, ob eine

---

[6]) Birkmeyer S. 513.

[7]) Planck S. 115.

[8]) Birkmeyer S. 513; vgl. auch Zachariae I S. 50; öst. § 258 I.

[9]) Glaser I S. 249.

[10]) Bezgl. der einschlägigen Reichsgerichtsentscheidungen vgl. Birkmeyer S. 89 K. 3.

[11]) v. Kries S. 254.

Thatsache notorisch ist, ob eine Rechtsvermutung besteht oder nicht. Also darf der Partei nicht die Möglichkeit entzogen werden, sich darüber zu äussern".

„Nur[12]) unter dieser Voraussetzung ist" auch „das in der Anklageschrift[13]) enthaltene Thatsachenmaterial für das Urteil verwertbar" und „kann der sachliche Inhalt des Sitzungsprotokolls Urteilsgrundlage bilden."

In vollem Umfange gilt also, mutatis mutandis, der gemeinrechtliche Satz quod non est in actis[14]), non est in mundo auch für unsern Prozess und schliesst die Verwertung jedweden privaten Wissens des Richters, wie ein Schöpfen aus den Prozessakten aus.

Im engsten Zusammenhang hiemit steht die Vorschrift des § 23 II[15]): „Der Untersuchungsrichter darf in denjenigen Sachen, in welchen er die Voruntersuchung geführt hat, nicht Mitglied des erkennenden Gerichts sein," und ebenso die des § 23 III[16]): „An dem Hauptverfahren vor der Strafkammer dürfen mehr als zwei von denjenigen Richtern, welche bei der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens mitgewirkt haben, und namentlich der Richter, welcher Bericht über den Antrag der Staatsanwaltschaft erstattet hatte, nicht theilnehmen"; nicht minder aber endlich auch die Bestimmung des § 317 III: „An der neuen Verhandlung (welche erforderlich wird, wenn das Gericht, in der Meinung, die Geschworenen

[12]) Birkmeyer S. 513.

[13]) Vgl. Planck S. 113.

[14]) D. h. in der mündlichen Verhandlung vorgebracht.

[15]) Vgl. Ortloff, „Für oder Wider die Berufung in Strafsachen," S. 45, 46; öst. §§ 68 II, 69; Code art. 257 II.

[16]) Code art. 257 I, ähnlich art. 431.

hätten sich in der Hauptsache zum Nachteile des Angeklagten geirrt, die Sache zur neuen Verhandlung vor das Schwurgericht der nächsten Sitzungsperiode verweist) darf kein Geschworener Theil nehmen, welcher bei dem früheren Spruche mitgewirkt hat.“ Denn „die[17]) Unmittelbarkeit des Eindrucks fehlt, wenn bei der Hauptverhandlung Personen als Richter mitwirken, die in derselben Sache schon im Lauf des Vorverfahrens als Richter fungirt haben“.

Bedenken gleicher Art führten auch zu der Bestimmung des § 242 II[18]), wonach „die[19]) Hauptverhandlung durch Verlesung des Eröffnungsbeschlusses, welcher nur die Angabe der dem Angeklagten zur Last gelegten That enthält, eingeleitet wird,“ während „die die Ergebnisse der Vorverhandlungen (§ 198 II) zusammenstellende Anklageschrift nicht verlesen werden darf“.

§ 19.

V. Ununterbrochene Anwesenheit der Richter während der Hauptverhandlung; möglichst ununterbrochene Durchführung der letzteren.

Als unmittelbare Folge des in dem vorigen Paragraphen behandelten Grundsatzes ergibt sich die Forderung, „dass[1]) die Mitglieder des erkennenden Gerichts der mündlichen Verhandlung, auf die hin das Urteil ergeht, von Anfang bis zu Ende ununter-

[17]) Ullmann, deutsch S. 166.

[18]) Nach Code art. 313 wird verlesen sowohl l'arrêt de la cour royale portant renvoi à la cour d'assises wie auch l'acte d'accusation.

[19]) Hellweg S. 39.

[1]) Birkmeyer S. 517.

brochen müssen beigewohnt haben[2]). Anderenfalls müsste ihnen das Stück der mündlichen Verhandlung, dem sie nicht selbst beigewohnt haben, durch ein Schriftstück oder ein Referat vermittelt werden, was unsrem Grundsatz zuwider ist".

Und zwar genügt es nicht, wie bei dem Amt der Staatsanwaltschaft[3]) oder des Gerichtsschreibers[4]), dass nur jeden Augenblick irgend ein Träger dieses Amtes zugegen sei, also mehrere nacheinander mitwirken, sondern nur diejenigen, die ununterbrochen[5]) (§§ 225, 377 Ziff. 5) und stets „in[6]) ihrer amtlichen Eigenschaft als Richter zugegen gewesen", dürfen das Urteil fällen, ohne dass irgend ein Wechsel in der Person zulässig wäre. „Die[7]) Tragweite dieser Konsequenz wird umso grösser, als im Strafprozess auch die Urteilsverkündung noch mit zur Hauptverhandlung[8]) gehört[9])."

---

[2]) Dass das Reichsgericht (E. XXII S. 107 f.) dem Schlafen eines Geschworenen während der Hauptverhandlung keinen bemerkenswerten Einfluss auf die Urteilsfällung beimisst, also nur die rein körperliche Anwesenheit der Laienrichter fordert, müsste als originelle Ausnahme etwas komisch anmuten, wenn dies Erkenntnis nicht ein Beweis dafür wäre, dass unser oberstes Gericht ihre geistige Tätigkeit — ob mit Recht oder Unrecht, bleibe hier unerörtert — so niedrig einschätzt, als es nur eben möglich ist.

[3]) Part. R. Zachariae I S. 52 Note 7.

[4]) Öst. § 23.

[5]) Part. R. Zachariae I, S. 52; öst. §§ 281 I Ziff. 1, 330 III, 344 I Ziff. 1, 439.

[6]) Bennecke S. 523.

[7]) Birkmeyer S. 517, 518.

[8]) E. I S. 90 f., III S. 116 f., VI S. 30; R. V S. 587; C.P.O. § 281; Part. R. Planck S. 346; öst. §§ 268, 291, 340 I, 442, 458; Code art. 153 VII, 190 III, 369 I.

[9]) Zu beachten auch § 275 I, II; öst. § 270 I; Code art. 164, 196 I.

Da nun Gefahr besteht, es möchte die Erkrankung oder der Tod eines Gerichtsmitgliedes, seine Versetzung oder Beförderung oder eine sonstige zufällige Verhinderung eine wiederholte Durchführung der ganzen Hauptverhandlung nötig machen, sieht das Gesetz einmal (G.V.G. § 194 II, III) die Zuziehung von Ergänzungsrichtern[10]), sowie ebensolchen Schöffen und Geschworenen[11]) vor, welche der Verhandlung[12]) mit gewissen Befugnissen aktiver Beteiligung, insbesondere mit dem Fragerecht des § 239[13]) ausgestattet[14]), beizuwohnen und im Fall der Verhinderung eines Richters für denselben einzutreten haben.

Des weiteren soll „die[15]) Fällung[16]) und Verkündung[17]) (§ 267) des Urteils der Verhandlung möglichst unmittelbar" nachfolgen. Nur so wird „die Gefahr des Eintritts eines Wechsels im Richterpersonal" tunlichst verringert, zugleich[18]) aber auch verhindert, dass den Urteilsfindern „der[19]) von der

---

[10]) Part. R. Zachariae I, S. 52 Note 7; Planck S. 450; öst. § 221 III.

[11]) Öst. § 310; Code art. 394 II.

[12]) Nicht jedoch auch der Beratung und Abstimmung; deshalb ist auch den Ergänzungsgeschworenen der Zutritt zu dem Beratungssaal verwehrt, E. III. S. 266, R. II. S. 675. Ergibt sich während der Beratung vor Fällung der Entscheidung die Notwendigkeit, den Ergänzungsrichter zuzuziehen, so muss demnach die Beratung von neuem beginnen.

[13]) Öst. § 319 IV.

[14]) E. XXVII. S. 172 f.; öst. § 315 I.

[15]) Birkmeyer S. 518.

[16]) Part. R. Planck S. 439, Zachariae, I S. 57 Note 9.

[17]) Part. R. Zachariae I S. 56, 57.

[18]) Vgl. Zachariae I S. 52.

[19]) Birkmeyer S. 518.

mündlichen Verhandlung gewonnene Totaleindruck wieder verloren geht".

Diese Befürchtung, wie jene Gefahr lassen es auch geraten erscheinen, wirksame Vorkehrungen dafür zu treffen, „dass[20]) die Verhandlung möglichst unausgesetzt[21]) vor sich gehe".

Hiezu dient[22]) zunächst die Durchführung des Vorverfahrens „und[23]) die gegenseitigen Informationen[24]) der Parteien", sowie die rechtzeitige Bewirkung (§ 213) der erforderlichen Ladungen[25]) und die Herbeischaffung der als Beweismittel dienenden Gegenstände.

Den gleichen Zweck verfolgt die Bestimmung des § 347[26]), wonach die der Urteilsfällung vorausgehenden Entscheidungen regelmässig der selbständigen Anfechtung mittels der Beschwerde nicht unterliegen; denn bei unbeschränkter Anfechtungsmöglichkeit wäre wohl in vielen Fällen die Vollziehung der betreffenden Entscheidung auszusetzen[27]) und damit

---

[20]) Ders. a. a. O.

[21]) Eine unbedenklich zuzulassende Ausnahme enthält § 265; für das römische Recht vgl. Zachariae I, S. 99; Part. R. ders. S. 57, 58; öst. § 263; anders öst. § 441 II; vgl. auch Code art. 181, 353.

[22]) Vgl. v. Kries S. 255.

[23]) Ders. a. a. O.

[24]) §§ 198, 221 II, II; vgl. auch §§ 216, 227 III; Hahn, III, 1 S. 180; Part. R. Planck S. 336, 337; öst. § 209 in Verbindung mit § 207 IV, 222 II; Code art. 315 III, IV, 324, dazu Glaser, I S. 417.

[25]) Vgl. besonders § 217 in Zusammenhang mit §§ 145, 227 II; Part. R. Planck S. 333; Code art. 272.

[26]) Part. R. ders. S. 594, 595.

[27]) Vgl. § 349 I, II.

die Urteilsfällung gehemmt oder die Endentscheidung müsste, wenn der Beschwerde stattgegeben wird, zugleich mit der angefochtenen Entscheidung fallen.

In diesem Zusammenhang ist auch § 2 II[28]) zu erwähnen. Durch diese Bestimmung sucht das Gesetz „die[29]) durch die Natur der Mündlichkeit gebotene Vereinfachung des Verhandlungsstoffes für die Hauptverhandlung zu erzielen, indem sie wenigstens die Möglichkeit" eröffnet, „die Trennung von Strafsachen, die blos dadurch zusammenhängen, dass dieselbe Person mehrerer Delicte beschuldigt ist oder dass an demselben Delict mehrere Personen betheiligt sind, herbeizuführen".

Ist nun aber trotz der angewendeten Fürsorge eine Unterbrechung der Hauptverhandlung von nöten, so muss sie (§ 228[30])) spätestens am vierten Tage nach der Unterbrechung fortgesetzt werden. Nur so glaubte der Gesetzgeber, in Anbetracht der Schwäche des menschlichen Gedächtnisses, eine hinreichende Gewähr dafür zu bieten, dass das Urteil tatsächlich und ausschliesslich auf den in der Verhandlung gewonnenen, noch frischen Eindrücken beruhe.

Lässt sich aber die Fortsetzung nicht so rasch durchführen, so muss mit dem Verfahren von neuem[31]) begonnen werden und „das[32]) Urteil kann nur auf den Inhalt der neuen Verhandlung gegründet werden".

[28]) Part. R. ders. S. 630, 634; öst. § 57 I; Code art. 308.

[29]) Glaser I, S. 254.

[30]) Strenger Part. R. Planck S. 449.

[31]) Entsprechend die sog. Vertagung des Part. R. Zachariae I, S. 55 ff., Planck S. 449 f.

[32]) v. Kries S. 536.

„Die[33]) Sache tritt“ also „überhaupt in das Stadium der Vorbereitung der Hauptverhandlung zurück, und leben insbesondere die in demselben dem Vorsitzenden zukommenden Befugnisse wieder auf; in das Stadium der Voruntersuchung gelangt die Sache durch einen solchen Aussetzungsbeschluss nie zurück[34])“.

§ 20.

VI. Folgen der Durchführung der Mündlichkeit für den Aufbau des Strafverfahrens und den Grundsatz der gesetzlichen Beweisregeln.

Aus der Durchführung des Prinzips der Mündlichkeit, insbesondere dem durch das Gesetz aufgestellten Erfordernis der Anwesenheit der Parteien zu der mündlichen Verhandlung, ergeben sich nun Konsequenzen für den ganzen Aufbau des Strafverfahrens.

So erfordert sie einmal, dass der Rechtsstreit sich in Terminen, „Tagfahrten[1]),“ nicht in Fristen, abspiele, also in möglichst eng begrenzten Zeiträumen, in denen ein Zusammenwirken oder Zusammensein mehrerer Prozessbeteiligter ohne allzugrosse Störung ihrer Einzelinteressen, insbesondere ihrer gewöhnlichen Berufstätigkeit, erfolgen kann.

Im Gegensatze dazu kann sich ein schriftliches Verfahren ganz oder überwiegend in länger oder kürzer bemessenen Fristen vorwärts bewegen, da hier regelmässig nicht ein Zusammentreten von Personen

---

[33]) Glaser I, S. 408.

[34]) Vgl. noch § 287; Glaser II, S. 496, Ullmann deutsch S. 449, 450, sowie E. II S. 110.

[1]) In Österreich „Gerichtstage“ genannt, z. B. in § 471 I.

an der Gerichtsstelle, sondern nur ein Abliefern von Akten und sonstigen Schriftstücken gefordert ist.

Des weiteren führt die Anwendung der Mündlichkeit naturgemäss[2]) zur Öffentlichkeit des Verfahrens. Denn wenn jener Grundsatz von diesem „auch[3]) nicht gerade untrennbar ist; . . ., so ermöglicht doch allein die Mündlichkeit und Unmittelbarkeit auch die Öffentlichkeit des Verfahrens und begünstigt sie."

Gerade die Gestaltung des Prozesses als eines öffentlichen dem Volke zugänglichen Vorganges hat nun, besonders in den Jahren der Reformbestrebungen, in der Litteratur eine verschiedene Beurteilung[4]) erfahren; manche Lanze wurde für sie gebrochen, manches Wort bitteren Tadels gegen sie geschrieben. So unverkennbar überwiegen aber die durch ihre Einführung erzielten Vorteile[5]) alle daraus erwachsenden Nachteile, dass v. Kries[6]) wohl mit Recht behauptet: „Weit hinter uns liegt jetzt einerseits jeder ernste Zweifel an dem grossen Gewinn, der hieraus (aus der Durchführung der Mündlichkeit und Öffentlichkeit) dem Strafprozess verwachsen ist, andrerseits aber auch so manches unreife und einseitige, was zur Anpreisung beider in den Jahren des Kampfes einst vorgebracht wurde.

[2]) Vgl. Ullmann deutsch S. 41 sub. II; Glaser I, S. 219, Zachariae I, S. 59.

[3]) Birkmeyer S. 516.

[4]) Vgl. die Litteraturübersicht bei Zachariae I, S. 48, 59, v. Kries S. 251, 258.

[5]) Vgl. Geyer S. 15, Ullmann deutsch S. 41 f.

[6]) S. 246.

Die Verwirklichung des Grundsatzes der Mündlichkeit bringt ferner die Beseitigung der gesetzlichen Beweisregeln[7]) mit sich. „Das[8]) mündliche Verfahren bietet namentlich im Stadium der Beweisaufnahme eine Reihe von Anhaltspunkten, die an sich nicht geeignet, in eine gesetzliche Beweistheorie aufgenommen zu werden, zur Erkenntnis der Wahrheit wesentlich beitragen. Für das Streben nach objektiver Gewissheit ist selbst der unscheinbarste Umstand nicht ohne Bedeutung; seine Benützung ist aber nur dann gesichert, wenn die Erkenntniss des Richters an keine objectiven Regeln gebunden ist, sondern sich in der Würdigung der Umstände in deren individueller Erscheinung und im Zusammenhang völlig frei bewegen kann. Bei einer Beweistheorie hat das Princip der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit kaum mehr einen Werth. Vom Standpunkt des reformirten Verfahrens ist somit das Princip der freien Überzeugung des Richters die einzig rationelle Grundlage der Urtheilsfindung".

Auch noch weitere Umstände hat man als Konsequenzen des Mündlichkeitsprinzips angesehen; doch wendet sich das Reichsgericht[9]) mit Recht gegen solche unrichtig gezogene Folgerungen[10]).

---

[7]) Öst. §§ 258 II, 326 II.
[8]) Ullmann, deutsch S. 324, 325; öst. S. 576.
[9]) R. V S. 550.
[10]) Vgl. dazu Rupp S. 157 f.

2. Kapitel.

Anwendung des Prinzips der Unmittelbarkeit.

§ 21.

Einleitung.

Die Theorie von v. Kries und ihr verwandte Anschauungen.

An die Ausführungen darüber, in welchem Umfang das Mündlichkeitsprinzip im geltenden Recht Anwendung gefunden hat, soll sich nun eine Betrachtung darüber anschliessen, inwieweit das Prinzip der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme daselbst Geltung erlangt hat.

Ehe wir jedoch auf diese Darlegung eingehen, müssen wir uns mit der bereits[1]) angeführten Gruppe von Ansichten beschäftigen, die als Prinzip der Unmittelbarkeit den Grundsatz bezeichnen, „dass[2]) der Richter seine Wahrheitserkenntnis immer nur aus der nächsten Quelle schöpfen, also entferntere Quellen überhaupt nicht benützen dürfe." Diese von mehreren Schriftstellern geteilte Anschauung hat die wärmste Verteidigung durch v. Kries gefunden in dem Aufsatz[3]) „Das Prinzip der Unmittelbarkeit im Beweisverfahren der deutschen Prozessordnungen"; darum wollen wir die Darlegungen eben dieses Schriftstellers im weiteren genauer verfolgen.

Mit Recht hebt[4]) v. Kries, Eingangs seiner

[1]) S. 25 dies. Abh.
[2]) Birkmeyer S. 511.
[3]) Z. VI S. 88 ff.
[4]) A. a. O. S. 88, 89.

Darlegungen hervor: „Für die Interpretation des § 249 kommt es wesentlich darauf an, in welchem Verhältnis die beiden Sätze desselben zu einanderstehen: ob die positive Vorschrift des ersten Satzes durch das in dem zweiten stehende Verbot eingeschränkt wird, so dass nur unstatthaft sein soll, die direkte Vernehmung durch die Verlesung des Vernehmungsprotokolls oder einer schriftlichen Erklärung zu ersetzen oder ob dies nicht der Fall, so dass die ganze Tragweite der ersten Bestimmung bestehen bleibt.

Die praktische Bedeutung zeigt sich bei den sog. Zeugen von Hörensagen[5]). Während bei der ersteren, engeren Interpretation des § 249 ihrer Benutzung nichts im Wege stände, wäre sie nach der zweiten ausgeschlossen.

In Litteratur und Praxis scheint man es fast für selbstverständlich anzusehen, dass § 249 in der engeren Weise zu interpretieren und die Verwendung von Zeugen von Hörensagen somit unbedenklich zulässig sei."

Im folgenden[6]) wird dargelegt, dass die Beratungsmaterialien[7]) zur Lösung der Frage nichts beitrügen, und dann der Standpunkt unseres obersten Gerichts mit den Worten charakterisiert: „Nach[8]) der Auffassung des Reichsgerichts wäre also schlechthin nur

---

[5]) Bezügl. dieser viel besprochenen Materie vgl. die Litteraturzusammenstellungen bei Birkmeyer S. 423 K. 7, v. Kries S. 377 Anm. 2, Ullmann, deutsch S. 473 Note 2; ferner auch Rosenfeld S. 69.

[6]) Z. VI. S. 89.

[7]) Protokolle S. 381 (Hahn III, 1 S. 860).

[8]) v. Kries, a. a. O. S. 91.

der Gebrauch vermittelnder Schriftstücke durch § 249 verboten, dagegen jede, auch die weitläufigste Vermittelung auf mündlichem Wege gestattet.“ Eine solche Interpretation, heisst es weiter[9]), bedingt, dass „man so gut wie andre Zeugen von Hörensagen auch die zeugeneidliche Vernehmung der Beamten wird für zulässig erklären müssen, die seinerzeit die Vernehmung vorgenommen haben“. Und diese Folgerung, die auch das Reichsgericht in verschiedenen Erkenntnissen[10]) gezogen hat, führt dann „zu[11]) dem merkwürdigen Resultat, dass das Gesetz vermittelte Kenntnisnahme des Beweismaterials ohne jede Beschränkung gestattete und nur forderte, dass für dieselbe nicht die bessere und sicherere, sondern die schlechtere Methode zur Anwendung gebracht würde“. Ohne Zweifel wird man nun zugeben müssen, dass ein solches Verfahren die Mängel an sich trägt, über die sich v. Kries verbreitet[12]), und darum de lege ferenda ohne grosse Bedenken einer anderweitigen gesetzlichen Regelung den Vorzug geben mögen, die lex lata aber drängt uns unverkennbar und in zwingender Weise diese Konsequenzen insgesamt auf.

Ein richtiges Bild von der Bedeutung der fraglichen Paragraphen, von dem, was sie wirklich regeln, und dem, was nicht in ihnen liegt, bekommen wir

---

[9]) Ders. a. a O.

[10]) R. II S. 644, III S. 678; E. V S. 142 f., VIII S. 122 f., X S. 374 f., XIV S. 266 f.

[11]) v. Kries, a. a. O. S. 93.

[12]) Ders. a. a. O. S. 92, 93; vgl. dazu Ortloff: „Der Amtsrichter und Untersuchungsrichter und deren Gerichtsschreiber als Zeugen in der Hauptverhandlung betreffs der im Vorverfahren erhobenen Beweise.“

einzig und allein dann, wenn wir sie im Zusammenhang mit den sie umgebenden Bestimmungen ansehen; diese Betrachtung führt aber dann zu ganz anderen Ergebnissen, als die Auffassung liefert, die v. Kries von diesen Bestimmungen hat.

An die Vorschriften über die Vernehmung des Angeklagten, der Zeugen und Sachverständigen reihen sich nämlich Bestimmungen darüber, in welchem Umfang die Verlesung von Schriftstücken in der Hauptverhandlung statthaft sein solle. Man beachte wohl: Der Benützung mündlicher Aussagen wird die Verwertung schriftlicher instrumenta in scharfem Gegensatz gegenübergestellt.

Der allgemeinen Regel des § 248: „Urkunden und andere als Beweismittel dienende Schriftstücke werden verlesen," folgt die Einschränkung in § 249: Unzulässig ist es, die „Verlesung des über eine frühere Vernehmung aufgenommenen Protokolls oder einer schriftlichen Erklärung" an Stelle der Vernehmung einer Person in der Hauptverhandlung treten zu lassen, wenn der Beweis einer Tatsache auf ihrer Wahrnehmung beruht[13]).

---

[13]) Diese den Sinn des § 249 wohl in keiner Weise verändernde Umstellung der beiden Sätze dieses Paragraphen lässt den logischen Zusammenhang mit den unmittelbar vorangehenden und den sogleich nachfolgenden Vorschriften ungleich schärfer hervortreten. Die von dem Gesetze gewählte Fassung verrät nur die Absicht, gegenüber den Protokollen über richterliche Augenscheineinnahme (§ 248 am Ende) sofort augenfällig hervorzuheben, dass ein anderes für Schriftstücke über Wahrnehmungen sonstiger Personen gelten solle.

Nur bei gänzlichem Verkennen des systematischen Zusammenhanges kann man sich der (von Rupp S. 131 vertretenen) Meinung

Rein praktische Erwägungen zwingen zu den in § 250 vorgesehenen Ausnahmen, während es für den Fall des § 251 bei der Regel sein Bewenden haben soll, mag man auch auf den ersten Blick geneigt sein, diesen Fall auf eine Stufe mit jenen zu stellen.

Als Grund aber des Verbotes zu verlesen muss es — dazu zwingt unbestreitbar der systematische Zusammenhang — hier wie in § 249 angesehen werden, dass „der[14]) Richter seine Überzeugung nur aus den durch die Hauptverhandlung selbst gegebenen Kenntnisquellen schöpfen soll, die Verlesung einer früheren gerichtlichen Zeugenaussage aber als Surrogat der Vernehmung des Zeugen in der Hauptverhandlung selbst, nur wenn letzterer durch besondere Umstände verhindert, zugelassen ist, somit für unstatthaft erklärt werden musste für den Fall, dass die Vernehmung des Zeugen selbst infolge seiner berechtigten Weigerung rechtlich ausgeschlossen war". Nicht kann als Grund für diese letztere Bestimmung die Rücksicht auf die

---

anschliessen, „dass der zweite Satz beispielsweise Consequenzen aus dem ersten Satze zieht".

Der zweite Satz im Texte erklärt vielmehr den etwas dunkel und unbestimmt gefassten ersten und schränkt ihn zugleich ein; er sagt, was durch jenen verboten, mithin umgekehrt auch, was nicht verboten, folglich erlaubt sein solle Er rechtfertigt aber insbesondere die Unterbringung der Bestimmung des ersten Satzes gerade an diesem Platze in dem System. Oder wäre wohl der passendste Ort in dem ganzen Gesetze für das Verbot, einen andern (vgl. dazu Ullmann, deutsch, S. 473, 474) Zeugen zu vernehmen als jenen, der den Sachverhalt unmittelbar mit eigenen Sinnen wahrgenommen hat, ihm am nächsten getreten ist, gerade die Stelle, an der ex professo von Urkunden*verlesungen* gehandelt wird?

[14]) R. II S. 645 f.

Rechte[15]) des qualifizierten Zeugen erachtet werden; dagegen spricht ganz deutlich der Zusammenhang.

Die folgenden Paragraphen behandeln dann noch einige Fälle, in denen Verlesungen in beschränktem Umfang zugelassen sind.

Als Ergebnis dieser Darlegungen sei betont: Das Gesetz fordert, dass der Richter, soweit Zeugen und Sachverständige für die Beweisführung in Frage stehen, seine Überzeugung grundsätzlich nur aus den Aussagen bilde, welche diese Personen, unmittelbar vor ihm selbst stehend, in der mündlichen Verhandlung machen, dass er nicht durch Protokolle in sich aufnehme, was andere Richter früher gesehen und gehört haben. Das Urteil baue sich auf unmittelbaren sinnlichen Wahrnehmungen des Urteilenden selbst auf, die Schrift als seine Grundlage sei verpönt!

Nirgends[16]) dagegen finden wir hier eine Handhabe dafür, dass das Gesetz in diesen Bestimmungen den Gebrauch nur der nächsten Erkenntnisquellen zulassen, also insbesondere die Zeugen von Hörensagen ausschliessen wollte. Ebenso geht aber auch aus den Beratungsmaterialien[17]) hervor, dass der Gesetzgeber „an[18]) Zeugen von Hörensagen auch nicht im allerentferntesten gedacht hat".

Wie rechtfertigt nun v. Kries, dem klaren Ergebnis des systematischen Zusammenhanges in dem Gesetz gegenüber, seine Anschauung?

Er führt an[19]), „dass in § 249 der Grundsatz der

[15]) Diese Meinung vertritt Ullmann, deutsch S. 476.

[16]) Vgl. R. II. S. 45.

[17]) Protokolle S. 381 (Hahn III, 1, S. 860).

[18]) v. Kries a. a. O. S. 89.

[19]) Ders. a. a. O. S. 93, 94.

Unmittelbarkeit zum geltenden Rechtsatz für den Zeugenbeweis in der Hauptverhandlung erster Instanz erhoben, im zweiten Satz dieses Paragraphen nur den Missbräuchen einer früheren Praxis nochmals ausdrücklich entgegengetreten werden sollte. Die §§ 250 ff. schliessen sich dann in der Weise an den vorhergehenden Paragraphen an, dass sie die Ausnahmen von der Regel angeben, zugleich aber auch positiv bestimmen, in welcher Weise bei den letzteren die Vermittelung stattzufinden habe. Mit anderen Worten: § 249 bestimmt als Regel: Vernehmung der Augenzeugen; §§ 250 ff. besagen, unter welchen Voraussetzungen auf dieselbe verzichtet werden könne und was dann an ihre Stelle zu treten habe, nämlich die Verlesung bestimmter Protokolle. Diese letztere Bedeutung der genannten Paragraphen wird vom Reichsgericht vollkommen übersehen".

Aber, fügen wir hinzu, mit gutem Recht; denn dieser Imperativ lässt sich aus den angeführten Stellen sicher nicht entnehmen. Das Gesetz sieht vielmehr hier lediglich vor, was geschehen kann; es stellt den unzweideutig befehlend gefassten Verboten[20]) einer Verlesung die Erlaubnis[21]) zu verlesen gegenüber, gibt also dem Richter eine Möglichkeit an die Hand, von der er im einzelnen Fall nach pflichtgemässem Ermessen Gebrauch zu machen hat; nicht weist es ihm einen nur allein zulässigen[22]) Weg an.

Was hätte wohl auch das Gesetz, das doch sonst

[20]) „Die Vernehmung darf nicht ersetzt werden . . ." (§ 249); „die Aussage darf nicht verlesen werden" (§ 251).

[21]) §§ 250 I, II, 252 I, II, 253 I, II, 255 I.

[22]) Wie in §§ 249, 251.

mit den Beweisregeln energisch aufgeräumt hat, bestimmen sollen, gerade hier dem Richter nur einen Weg zu eröffnen, zu vermittelter Erkenntnis zu gelangen, jeden andern aber ihm unweigerlich zu versperren? Warum hier eine Knechtung des richterlichen Ermessens, während überall sonst seine Freiheit ausdrücklich gesichert oder den gegebenen Vorschriften ohne Mühe zu entnehmen ist? Und bietet[23]) nicht hier ebenso gut wie bei der Verwertung von Augenscheinsobjekten, die vielfach auch nur einen schwachen Grund für Schlussfolgerungen darstellen, der Grundsatz (des § 260), dass das Gericht nach seiner freien Überzeugung über den Wert der einzelnen Beweismittel zu entscheiden habe, eine sichere Bürgschaft dafür, dass man sich nicht „damit[24]) begnügen“ werde, „einen Zeugen darüber zu vernehmen, wie sich Dr. X. neulich abends beim Bier über den fraglichen Fall geäussert habe“? Der gewissenhafte Richter wird sein Urteil nie auf solche Aussagen gründen, es bedarf also einer Einschränkung seines Ermessens in dieser Richtung nicht. Dass aber gegen Missbräuche seitens gewissenloser Beamter durch eine der v. Kries'schen Auffassung entsprechende völlig ausnahmsweise Einschränkung des richterlichen Ermessens dem Angeklagten ein ganz besonderer Schutz gewährt werde, dazu bestand sicherlich keine Veranlassung.

Zur Unterstützung seiner Auffassung beruft sich v. Kries[25]) auf § 250 II, und in der Tat haben seine diesbezüglichen Ausführungen manches für sich,

[23]) A. M. v. Kries, a. a. O. S. 107.
[24]) Ders. a. a. O.
[25]) A. a. O. S. 94.

können jedoch im ganzen nicht als beweiskräftig erachtet, müssen sogar zum Teil als gänzlich unstichhaltig zurückgewiesen werden.

Er meint[26]): „Diese Bestimmungen (in § 250 II zu Gunsten der Parteiöffentlichkeit) würden vollkommen illusorisch, wenn die Vermittelung auch noch in anderer Weise, als durch die Verlesung des Protokolls erfolgen könnte, wenn die protokollierenden Beamten, wenn dritte Personen die zufällig bei der Vernehmung gegenwärtig waren, als Zeugen darüber vernommen werden könnten, was damals ausgesagt wurde." Diese Behauptung geht nun wohl zu weit; denn einmal wird der zu vernehmende Beamte in vielen Fällen durch das früher aufgenommene Protokoll selbst seine Erinnerung vor der Vernehmung stärken, andrerseits ist es Pflicht des Vorsitzenden, der den Akt bei der Vorbereitung auf die Verhandlung kennen gelernt, alle von diesem abweichenden Aussagen des Beamten aufzuklären und zu berichtigen[27]).

Man wird sich nun freilich verwundert nach dem Zwecke fragen, zu dem man wohl diesen Umweg einschlägt, statt, ohne jede mehr oder minder durchsichtige Verschleierung, das Protokoll direkt zu benützen, und sicherlich als Grund lediglich das aus der Zeitströmung hervorgegangene Bestreben unserer Prozessordnungen[28]) anführen können, dem gesprochenen Wort um jeden Preis, wohl auch nicht selten auf Kosten einer raschen und sicheren Erledigung des

[26]) A. a. O.

[27]) Vgl. die für ähnliche Fälle bestimmte Vorschrift des § 252.

[28]) Vgl. C.P.O. §§ 137, 285, 353, 526. Diese Vorschriften bleiben in der Praxis vielfach unbeachtet; vgl. Oertmann S. 7.

Prozesses, zu einer möglichst ausschliesslichen Herrschaft in Rechtsstreitigkeiten zu verhelfen.

Des weiteren aber führt v. Kries[29]) an: „Aus den Vorschriften über die Verlesung und Genehmigung des Protokolls (§ 186[30])) geht hervor, dass man mit grösster Genauigkeit[31]) jetzt feststellen will, was künftig dem erkennenden Gericht über die Aussage des soeben vernommenen Zeugen übermittelt wird. Diese Fixierung entbehrte jedes Wertes, wenn der mündliche Bericht an die Stelle, ja auch nur neben das Protokoll treten dürfte."

Demgegenüber muss jedoch entschieden betont werden, dass diese Protokolle der Voruntersuchung zweifellos in allererster Linie dazu bestimmt sind, als Grundlage (§§ 195, 196) für die Entscheidung darüber, ob das Hauptverfahren zu eröffnen sei, zu dienen. Die grosse Genauigkeit bei ihrer Aufnahme aber ist sicherlich umsomehr geboten, als diese Schriftstücke das einzige Material für jene Entscheidung bilden, mit Ausschluss (§ 199[32])) einer mündlichen Erörterung[33]) seitens der Parteien über das Ergebnis der durchgeführten Voruntersuchung. Die künftige Verwendung in der Hauptverhandlung kommt dagegen erst in zweiter Linie in Betracht.

Endlich findet sich noch die Behauptung[34]): „Der § 222 normiert die Voraussetzungen, unter welchen

---

[29]) A. a. O. S. 94, 95.

[30]) Öst. § 104 III, 105.

[31]) Öst. §§ 80 III, 101, 102.

[32]) Ebenso Code art. 222 für den Beschluss über die mise en accusation.

[33]) Vgl. S. 113 dies. Abh.

[34]) A. a. O. S. 95.

eine kommissarische Vernehmung stattfinden kann. Auch diese Vorschrift steht vollkommen in der Luft, wenn die mündliche Vernehmung des beauftragten oder ersuchten Richters über den Inhalt der ihm gemachten Aussagen schlechthin statthaft ist. In jedem Fall könnte die Vernehmung der Augenzeugen durch einen beauftragten oder ersuchten Richter und dann die Vernehmung des letzteren erfolgen."

Die Anführung dieses Arguments darf wohl nicht ernst genommen werden; denn § 222 hat die Abweichung von der Regel so stark verklausuliert[35]) — in allen übrigen Fällen findet eine kommissarische Vernehmung überhaupt nicht statt —, dass von einer Anwendung „in jedem Fall" ernstlich gar nicht gesprochen werden kann.

Wenn es uns gelungen ist, nachzuweisen, dass v. Kries mit Unrecht aus §§ 248 ff. den Ausschluss jeder mündlichen Vermittelung, insbesondere also des Zeugnisses von Hörensagen, entnimmt, so fällt damit auch seine Folgerung[36]): „Das Prinzip der Unmittelbarkeit kann nicht in der Weise bestimmt werden, dass man das Verhältnis von erkennendem Gericht zu den Beweismitteln beschreibt, sondern nur dadurch, dass man angibt, was resp. was nicht zum Gegenstand des Beweises gemacht werden darf."

In den bisherigen Ausführungen, die sich in erster Linie gegen die von v. Kries vertretene Anschauung richteten, haben wir zugleich ablehnend Stellung genommen gegenüber der Ansicht von Bennecke, die sich mit jener im wesentlichen völlig deckt. Dieser Schriftsteller legt nämlich den Grund-

[35]) „Nicht zu beseitigende Hindernisse", „das Gericht kann".
[36]) A. a. O. S. 98, 99.

satz in der Weise aus, dass er behauptet[37]): „Man kann von „Unmittelbarkeit“ nur dann reden, wenn die Beweismittel benutzt werden, deren Wahrnehmungen bezüglich der bedeutsamen Thatsachen oder deren Beziehung zu ihnen eine unmittelbare ist, diejenigen Personen und Sachen, die in möglichst direkter Verbindung zu den bedeutsamen Punkten stehen, einen möglichst direkten Schluss auf jene ermöglichen.“

Zur Unterstützung der von uns vertretenen, von der v. Kries'schen Auffassung abweichenden, Anschauung aber sei noch auf die unsere Meinung verteidigenden Darlegungen Birkmeyers[38]) verwiesen. Besonders hervorgehoben sei hier nur der Umstand, dass „die[39]) Verfechter der gegnerischen Ansicht selbst zugeben[40]) müssen“, dass im geltenden Recht „die Frage, welche Beweismittel zu benützen seien“, nicht nach dem Prinzip der Unmittelbarkeit sich beantworte, sondern durch ganz andere Grundsätze ihre Regelung finde.

§ 22.

I. Anwendung des Grundsatzes auf die Benützung der persönlichen Beweismittel.

Unser Grundsatz ist bezüglich der persönlichen Beweismittel in § 249[1]) ausgesprochen[2]): „Beruht der

[37]) S. 407, 408.

[38]) Birkmeyer S. 511, 512.

[39]) Ders. S. 512.

[40]) Vgl. v. Kries S. 346, 348, 418, 419, 561; Bennecke S. 408.

[1]) Öst. § 247 I; im Gegensatz hiezu schreibt Code art. 153 II, III für die Sachen vor den tribunaux de simple Police vor, dass Eingangs der Verhandlung die Protokolle (procès-verbaux) verlesen, die Zeugen dagegen nur dann vernommen werden sollen, wenn sie geladen wurden und die Vernehmung angezeigt erscheint (s'il y a lieu); ebenso Code art. 190 II, ähnlich art. 304, 477.

[2]) Über die auf § 249 sich beziehende Litteratur, einschliess-

Beweis einer Thatsache auf der Wahrnehmung einer Person, so ist die letztere in der Hauptverhandlung zu vernehmen. Die Vernehmung darf nicht durch Verlesung des über eine frühere Vernehmung aufgenommenen Protokolls oder einer schriftlichen Erklärung ersetzt werden."

Über die Bedeutung dieser Bestimmung und ihren Zusammenhang mit den sie umgebenden Vorschriften wurde bereits im vorhergehenden Paragraphen eingehend gesprochen; an dieser Stelle sei noch betont, welchen Fortschritt jene Bestimmung gegenüber dem bisherigen Recht bedeutet.

Nur wenn die Auskunftspersonen vor den Richter selbst treten, ist es ihm ermöglicht, durch geschickte Fragen eine umfassende Aussage zu erzielen. Der Gesetzgeber schreibt zwar in § 68 I vor, dass der Zeuge „dasjenige, was ihm von dem Gegenstande seiner Vernehmung bekannt ist, im Zusammenhange[3]) anzugeben" habe; allein er hat hier, wie in zahlreichen anderen Fällen[4]), die Regel für ideal gedachte Personen aufgestellt, nicht auf die grosse

---

lich der massgebenden Reichsgerichtsentscheidungen vgl. Birkmeyer S. 514 K. 16.

[3]) Öst. § 167; über das artikulierte Verhör des Inquisitionsprozesses vgl. Glaser I S. 97.

[4]) Man denke etwa an C.P.O. § 137 II, III! Wie möchte ein viel beschäftigter Anwalt, zumal in besonders verwickelten Fällen, diesen Bestimmungen völlig gerecht werden können! Dem einen mangelt die Fähigkeit, den Tatbestand so vollkommen in sich aufzunehmen, wie hier das Gesetz unbedingt verlangt, dem anderen sicher die Musse, sich derartig in den einzelnen Fall zu vertiefen, wenn eine Reihe von Prozessen gleichzeitig seine Kraft und Zeit in Anspruch nimmt. Vgl. ferner die auf S. 84 Note 28 dies. Abh. erwähnten Vorschriften.

Menge zugeschnitten und lässt darum sofort die in der Praxis wohl nicht zu entbehrende Einschränkung (§ 68 II[5])) folgen: „Zur Aufklärung und zur Vervollständigung der Aussage sind nöthigenfalls weitere Fragen zu stellen.“

Ferner[6]) bekommt der Richter nur so einen zuverlässigen Eindruck von der Person des Zeugen und seiner Glaubwürdigkeit und damit von dem grösseren oder geringeren Wert, den er seiner Aussage wird beimessen dürfen. Wie wichtig aber diese Kenntnis für die Beurteilung der Verwertbarkeit des einzelnen Zeugnisses ist, das hat man auch in der gemeinrechtlichen Praxis wohlerkannt[7]). Nur konnte das Mittel, auf das man verfiel, den Urteilsfindern diese Kenntnis zuzuführen, die angestrebten Vorteile bei weitem nicht in befriedigender Weise erzielen. Man suchte nämlich „in[8]) sog. Geberdenprotokollen[9]) durch Aufzeichnung der Beobachtungen der Geberden, der Haltung, des Tons und der Miene des Angeschuldigten und der Zeugen die Aussagen dieser Personen zu ergänzen und zu vervollständigen“. Dass diese Protokolle, die doch nur einseitig subjektive Beobachtungen des Inquirenten wiederspiegelten, die eigene Wahrnehmung des Urteilenden zu ersetzen gänzlich ausser

---

[5]) Code art. 319 III.

[6]) Vgl. S. 27 dies. Abh.

[7]) Dass auch den Römern diese Erfahrung nicht fremd blieb, lehrt „das (Zachariae, I S. 98, 99) L. 3 § 3. Dig. XXII. 5 de test. referirte Rescript Hadrians: ‚Testibus se non testimoniis crediturum‘ “.

[8]) Ullmann deutsch S. 38.

[9]) Vgl. Abegg S. 193, Zachariae II S. 6 zu Nr. 81, S. 8 zu Nr. 15.

Stande waren, kann wohl einem Zweifel nicht unterliegen.

Es erübrigt uns in diesem Zusammenhang noch, die Ausnahmen in kurzem zu betrachten, die von der Regel der mündlichen Vernehmung in der Hauptverhandlung zu Gunsten einer Verlesung schriftlicher Zeugnisse, sowie früher aufgenommener Protokolle gemacht sind[10]).

Was zunächst jene anlangt, so können nach § 255[11]) einmal „die ein Zeugniss enthaltenden Erklärungen öffentlicher Behörden[12])“ verlesen werden und zwar ohne Rücksicht[13]) darauf, ob sie auf Erfordern des Gerichts abgegeben sind oder nicht; ausdrücklich ausgeschlossen ist jedoch eine derartige Verwertung der Leumundszeugnisse, mögen sie sich auf den Angeklagten oder andre Personen, wie Zeugen oder Sachverständige, beziehen[14]). Ferner „können ärztliche Atteste über Körperverletzungen, welche nicht zu den schweren gehören, verlesen werden[15])“. Im übrigen ist die Verlesung nur bezüglich der schriftlichen Zeugnisse von Gerichtsmitgliedern zugelassen,

[10]) Vgl. Rupp S. 160f., v. Kries Z. VI S. 126f., Fuchs, a. a. O. S. 64—66 und bes. Birkmeyer S. 461—463.

[11]) Vgl. John III S. 290; über die weitere hier einschlägige Litteratur Birkmeyer S. 461 Note 6.

[12]) Über den Grund dieser Ausnahme vgl. v. Kries S. 378, 379, Motive S. 141 (Hahn III, 1 S. 196).

[13]) E. XIX S. 264f.

[14]) Reichsgericht in Goltdammers Arch. XXXVIII S. 328f.

[15]) Vgl. Fuchs a. a. O. S. 64 Note 8: „der Unterschied in der Art des Verfahrens, je nachdem das Attest eine nichtschwere oder eine schwere Körperverletzung betrifft, ist nur aus äusseren insbesondere finanziellen Gründen zu rechtfertigen, in sich aber principwidrig.“

die in Augenscheinsprotokollen (§ 248) über gemachte Wahrnehmungen oder in sonstigen Protokollen (§ 253) über ein vor ihnen abgelegtes Geständnis des Angeklagten enthalten sind.

Zahlreicher als die für schriftliche Zeugnisse vorgesehenen Ausnahmen sind die Fälle, in denen „Protokolle[16]) über bereits erfolgte richterliche Zeugenvernehmungen zum Beweise verwendet werden dürfen". Dies gilt für Vernehmungen der Landesherrn und der Mitglieder landesherrlicher Familien (§ 71 I, III[17])), sowie, unter bestimmten Voraussetzungen, für diejenigen gewisser höchster Beamte (§ 49[18])), der Mitglieder des Bundesrats und der deutschen gesetzgebenden Versammlungen.

Bezüglich sonstiger Zeugen haben mannigfache praktische Erwägungen (z. B. völlige Unmöglichkeit einer wiederholten Vernehmung, Feststellung und Beseitigung von Widersprüchen)[19]), zu den Ausnahmen der §§ 250[20]), 252 geführt. Insbesondere ist hier zur Unterstützung des Gedächtnisses eines Zeugen oder Sachverständigen, sowie zur Feststellung oder Hebung von Widersprüchen selbst dann die Verlesung gestattet, wenn es sich um eine nicht richterliche Vernehmung[21]) handelt oder um eine in anderer als der eben vorliegenden Sache[22]) oder auch, wenn der

---

[16]) Birkmeyer S. 462.

[17]) Öst. § 155; Code art. 510—512.

[18]) Code art. 514—516; ähnlich öst. § 158.

[19]) Vgl. Glaser I S. 454, 455, Löwe, S. 630, 631 (Note 4 zu § 252).

[20]) Öst. §§ 242 II, 252; ähnlich Code art. 318 I.

[21]) E. I S. 411 f.

[22]) E. X S. 359 f.

jetzige Zeuge damals als Beschuldigter vernommen wurde[23]).

Was aber die Gutachten der Sachverständigen[24]) betrifft, so gilt ebenfalls als Regel[25]), dass sie mündlich[26]) in der Hauptverhandlung erstattet werden, also weder[27]) in schriftlicher Form abgegeben, noch durch Verlesung von Protokollen über frühere Vernehmungen zur Kenntnis der Urteilenden gebracht werden.

In jener Richtung sieht § 250 I für die Gutachten öffentlicher Behörden und gewisse ärztliche Atteste Ausnahmen in ähnlichem Umfange vor, wie wir sie bereits[28]) für die Zeugnisse kennen gelernt haben. Ist aber „das (§ 255 II) Gutachten einer kollegialen Fachbehörde eingeholt worden, so kann das Gericht die Behörde ersuchen, eines ihrer Mitglieder mit der Vertretung des Gutachtens in der Hauptverhandlung zu beauftragen . . .“

In letzterer Beziehung hingegen gelten für Sachverständige nach §§ 250, 252 genau dieselben Ausnahmen, welche für die Zeugen vorgesehen sind[29]).

§ 23.

II. Erstreckung des Grundsatzes auf die Augenscheineinnahme.

Bestritten ist, ob das Prinzip der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme nur für die Verwertung der

[23]) E. XII S. 118f.

[24]) Vgl. v. Kries Z. VI S. 133f.

[25]) Vgl. Birkmeyer S. 452; öst. §§ 247, 252.

[26]) Die auf S. 88 dies. Abh. angeführten Gründe gelten auch hier.

[27]) Anders Part. R. Planck S. 230.

[28]) S. 90 dies. Abh.

[29]) Vgl. S. 91 a. a. O.

persönlichen Beweismittel im positiven Recht anerkannt wurde, oder sich auch auf die Benutzung der sachlichen erstrecke, auf die richterliche Augenscheineinnahme.

Was zunächst die Bestimmung des Begriffes „richterlicher Augenschein“ anlangt, so muss man v. Kries recht geben, der darlegt[1]), es sei „logisch falsch, den Augenschein als Beweismittel“ zu bezeichnen, „d. h. also die gerichtliche Handlung, durch welche der Richter von dem sachlichen Beweismaterial Kenntnis nimmt[2])“; ebenso ist seiner Behauptung[3]) beizupflichten: „hiermit hing auch das böse Missverständnis zusammen, als ob ein Fall des Augenscheins vorläge, wenn vor dem erkennenden Gericht eine strafbare Handlung begangen wird[4]).“ „Ebenso[5]) unrichtig ist die Meinung[6]), als ob es für die Augenscheineinnahme charakteristisch wäre, dass bei derselben nicht nur wahrgenommen, sondern zugleich das Ergebnis der Wahrnehmung beurkundet würde, sodass in den Fällen, wo das erkennende Gericht selbst wahrnimmt, von Augenschein nicht zu sprechen wäre.“

Von den sachlichen Beweismitteln behauptet nun v. Kries[7]): „Das Prinzip der Unmittelbarkeit ist für

---

[1]) S. 408.

[2]) Vgl. z. B. Mittermaier „das deutsche Strafverfahren“ I S. 537, 540; gegen ihn John I S. 494f.

[3]) S. 408.

[4]) Vgl. Zachariae II S. 42, Geyer b. Holtzendorff I S. 228, Geyer, Lehrbuch S. 714, Glaser I S. 666.

[5]) v. Kries S. 408.

[6]) So bes. Glaser I S. 656 Note 2.

[7]) S. 550 Note 2.

die Sachen nicht anerkannt.“ Er findet[8]) es „auffallend, dass man seit den Reformbestrebungen bis zur Gegenwart, wo man die Unmittelbarkeit bei den persönlichen Beweismitteln dringend fordert und die Vorzüge derselben immer von neuem erörtert, für die Unmittelbarkeit bei den sachlichen Beweismitteln vollkommen das Verständnis verliert. Die Gesetze überlassen es dem richterlichen Ermessen, sich von dem sachlichen Beweismaterial durch Augenschein oder in andrer Weise, insbesondere also durch die Schilderung der Zeugen Kenntnis zu verschaffen[9])“.

Und ähnlich meint Rupp[10]): „Die Klugheitsregel der Unmittelbarkeit ist für diesen Indicienbeweis (Einnahme des richterlichen Augenscheins) nicht zur Rechtsregel geworden und es ist ganz dem freien Ermessen des Gerichts, der praktischen Abwägung desselben anheim gegeben, ob es durch eigene Wahrnehmung oder durch Vermittelung Anderer seine diesbezügliche Kenntniss beziehen will.“

Für diese Anschauung scheint nun allerdings der Wortlaut der §§ 248[11]), 249 zu sprechen, sowie der Umstand, dass die Augenscheineinnahme keine Regelung im Rahmen der Beweisaufnahme der Hauptverhandlung gefunden hat, sondern nur[12]) ausserhalb derselben (§§ 86, 193, 224) ausdrücklich erwähnt wird.

---

[8]) S. 410, 411.

[9]) Vgl. E. XXI S. 225f.

[10]) S. 168, 169.

[11]) Öst. § 252 II.

[12]) „Abgesehen etwa von der ganz beiläufigen Erwähnung in § 302“, so Birkmeyer S. 417.

Indes erstrecken sich die Vorschriften der §§ 213, 218, 243 III, 244 I[13]) zweifellos auch auf andere Augenscheinsobjekte als Urkunden, und ebenso gilt das Erfordernis der Wiederholung einer im Vorverfahren vorgenommenen Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung selbst unbedenklich „auch[14]) bezüglich der s. g. sachlichen Beweismittel".

Mit Rücksicht auf den erwähnten andern Umstand aber darf nicht übersehen werden, dass gerade die Unversehrtheit der Augenscheinsobjekte und ihre Schlüssigkeit in besonders hohem Grade gefährdet ist, und darum eine alsbaldige Verwertung, schon vor der späteren Hauptverhandlung, dringend erforderlich erscheint; dazu kommt noch[15]), dass der Augenschein sehr häufig an einem von der Gerichtsstelle weit entlegenen Orte einzunehmen ist, weil er an anderen Plätzen überhaupt nicht oder nur nach Überwindung bedeutender Schwierigkeiten eingenommen werden kann: angesichts dieser Momente darf es nicht Wunder nehmen, dass das Gesetz nur den Augenschein ausserhalb der Hauptverhandlung ausdrücklich regelte[16]) und so mit der Protokollaufnahme darüber als Regel rechnete[17]). Eine besondere Betonung des Gebotes, die frühere Augenscheineinnahme, wenn tunlich, zu wiederholen, konnte so begreiflicherweise als unnötig erachtet werden.

Als ein merkwürdiges und nicht zu billigendes

[13]) Dies ist auch die Ansicht des Reichsgerichts, E. XXI S. 225.

[14]) Birkmeyer S. 514.

[15]) Vgl. Fuchs, a. a. O. S. 64.

[16]) Öst. §§ 116 f., 124.

[17]) Öst. § 117.

Abgehen von der Regel muss die Vorschrift des § 302[18]) auffallen; hienach „dürfen[19]) Gegenstände, welche den Geschworenen zur Besichtigung vorgelegt wurden, ihnen in das Beratungszimmer verabfolgt werden. Die Unhaltbarkeit der Bestimmung zeigt sich, wenn man annimmt, dass sich bei der genauen Besichtigung im Beratungszimmer Ergebnisse herausstellen, die von denjenigen ganz abweichen, die in der mündlichen Verhandlung selbst als solche angesehen wurden".

Auf diese Weise wird eben den urteilenden Geschworenen unter Umständen eine von der vorher gefassten Meinung abweichende Anschauung[20]) ausserhalb der Hauptverhandlung zugeführt, und es ist auch den Parteien jede Möglichkeit benommen, sich zu der neuen Urteilsgrundlage zu äussern.

Bei der Durchführung des Unmittelbarkeitsprinzips „handelt[21]) es sich aber" doch „nicht blos darum, dass jeder Beweis" — werde er durch persönliche oder sachliche Beweismittel geführt — „in voller Reinheit und Ursprünglichkeit zur Kenntniss des Urtheilers gelange, sondern auch darum, dass die Parteien ihn geradeso wie er auf den Richter einzuwirken in der Lage ist, auch ihrerseits kennen, dass sie die Möglichkeit haben, zu der Klärung der aus den Be-

---

[18]) Öst. § 325 II; weit enger Code art. 341 III; vgl. E. X S. 115 f., XXII S. 368.

[19]) v. Kries S. 253.

[20]) Rupp S. 156, meint, es werde durch dieses Mitgeben ins Beratungszimmer „nur die Erinnerung an das eben in der Hauptverhandlung Gehörte und Geschene aufgefrischt und demnach an Letzteres die urtheilende Thätigkeit angeknüpft".

[21]) Glaser I S. 248, 249.

weismitteln zu ziehenden Folgerungen durch unmittelbare Betheiligung an der Prüfung und Sichtung derselben und durch Herbeischaffung der so als wünschenswerth und nützlich erkannten weiteren Mittel der Aufklärung oder Widerlegung beizutragen, dass sie aber auch die Erörterung und Kritik der Beweisergebnisse unmittelbar an die Vorführung derselben und in voller Gewissheit, dass diese allein auf die Ueberzeugung des Richters einwirken, anreihen können."

§ 24.

III. Erfordernis, dass die gesamte Beweisaufnahme erst in der Hauptverhandlung stattfinde; bezw. Erfordernis ihrer Wiederholung daselbst; deren Mängel.

Der Grundsatz, der Beweis soll erst in der Hauptverhandlung aufgenommen werden, übt einen entscheidenden Einfluss auf die Gestaltung des Vorverfahrens aus, geht doch „die[1]) Verwirklichung des Prinzips der Mündlichkeit[2]) parallel mit der Regelung des Verhältnisses der Voruntersuchung zur Hauptverhandlung", oder allgemeiner gesagt, des Vorverfahrens überhaupt.

Schon in seiner Gestaltung im positiven Recht zeigt sich demnach die gesetzliche Anerkennung des Prinzips.

Nur „behufs (§ 158[3])) ihrer Entschliessung darüber,

---

[1]) Ullmann öst. § 86f.; ders. b. Holtzendorff I S. 88.

[2]) Ullmann erstreckt dieses Prinzip bekanntlich auch auf die Verwertung der persönlichen Beweismittel, S. 39f.

[3]) Part. R. Planck, S. 216, 235.

ob die öffentliche Klage zu erheben sei", kann die Staatsanwaltschaft in dem vorbereitenden Verfahren „von allen öffentlichen Behörden Auskunft verlangen und Ermittelungen jeder Art, mit Ausschluss eidlicher Vernehmungen, . . . vornehmen". Diese, wie andere richterliche Untersuchungshandlungen[4]) — z. B. Augenscheineinnahme —, werden nur erforderlichen Falls auf Antrag von dem zuständigen Amtsrichter (§ 160[5])) vorgenommen, bei Gefahr im Verzug (§ 163) auch von Amtswegen.

Für die Ausdehnung der gerichtlichen Voruntersuchung ist § 188 I, II[6]) massgebend. Besondere Beachtung verdienen auch schon an dieser Stelle die Bestimmungen des § 65 I—IV, auf die wir erst in anderem Zusammenhang[7]) näher eingehen werden.

In ähnlicher Weise ist auch die Beweisaufnahme vor dem beauftragten oder ersuchten Richter[8]) nur in Ausnahmefällen und bloss aus triftigen Gründen zugelassen[9]).

Unser Grundsatz tritt aber des weiteren auch

---

[4]) Über deren Begriff vgl. Rupp S. 210.

[5]) Öst. § 89 I, II.

[6]) Öst. § 111.

[7]) S. 101 dies. Abh.

[8]) §§ 171 III, 222, 331, 409; „diesen Fällen werden noch beizuzählen sein die §§ 199, 206, insoferne die hier beantragten Beweiserhebungen, wenn sie bewilligt werden, durch einen beauftragten oder ersuchten Richter geschehen müssen bezw. können", so Birkmeyer, S. 280.

[9]) Im Zivilprozess dagegen kommt es hier „auf (v. Kries Z. VI S. 122) das Ermessen des Gerichts an, indem es innerhalb der gesetzlichen Schranken die Wahl hat, ob es die Beweisaufnahmen selbst vornehmen oder sie einem beauftragten oder ersuchten Richter überlassen will".

darin zu Tage, dass „die[10]) Beweisaufnahme prinzipiell zu einem Bestandteil der Hauptverhandlung erklärt und als solcher geregelt ist in den §§ 243 ff.“. Dieser Teil des Verfahrens ist somit ausdrücklich als derjenige Zeitpunkt erklärt, indem regelmässig die Beweisaufnahme nach der Absicht des Gesetzes zu erfolgen hat.

Hier sollen daher auch „die[11]) Beweisaufnahmen, wenn sie einmal ausnahmsweise außerhalb der Hauptverhandlung geschehen müssen, doch wenn irgend möglich wiederholt[12]) werden“. Dies ist in § 249[13]) für die persönlichen Beweismittel ausdrücklich angeordnet, gilt aber, wie bereits[14]) erwähnt wurde, in gleichem Masse für die sachlichen. Muss doch „be-

---

[10]) Birkmeyer S. 513.

[11]) Ders. S. 514.

[12]) Und zwar ohne Zweifel auch jene, welche nach § 222 I durch einen beauftragten oder ersuchten Richter vorgenommen wurden, wenn zur Zeit der Hauptverhandlung die Krankheit, die Gebrechlichkeit oder das sonstige Hindernis einer Vernehmung daselbst nicht mehr im Wege stehen. Zwar erklärt § 250 die Verlesung des Protokolls über die frühere Vernehmung in den im § 222 bezeichneten Fällen als statthaft ohne Rücksicht auf die Fortdauer des Hindernisses; allein trotz Mangels einer diesbezüglichen Ausnahmebestimmung muss nach der deutlich erkennbaren Absicht des Gesetzes die Fortdauer des Hinderungsgrundes als selbstverständliche Bedingung der Zulässigkeit der Verlesung erscheinen.

[13]) Die Erstreckung dieses Paragraphen auf Sachverständige ist mit Sicherheit zu schliessen aus §§ 82, 222, 223, 255 I, II, 256; vgl. dazu Rupp S. 147 f. — Dagegen werden als Beweismittel dienende Aussagen des Beschuldigten von § 249 nicht betroffen; vgl. dazu Rupp S. 149 f. Ebenso öst. § 247.

[14]) S. 95 dies. Abh.

hauptet[15]) werden, dass eigentlich nur der vom erkennenden Gericht selbst eingenommene Augenschein als solcher dem Beweise dient".

Denn andernfalls „hat[16]) sich der Beweis durch Augenschein dem erkennenden Gericht gegenüber durch die Vorlegung und Vorlesung des Protokolls formell in einen Urkundenbeweis, sachlich in einen Zeugenbeweis umgewandelt."

Jedenfalls dürfen für die Regel nur die von dem Urteilenden in der Hauptverhandlung aufgenommenen Beweise zur Grundlage der Entscheidung gemacht werden[17]); soll doch „das Gericht (§ 260) nach seiner freien, aus dem Inbegriffe der Verhandlung geschöpften Ueberzeugung über das Ergebniss der Beweisaufnahme" entscheiden. Nur ausnahmsweise[18]) darf das Urteil „auf[19]) Beweise gegründet werden, die ausserhalb der Hauptverhandlung erhoben und dem erkennenden Gericht durch Verlesung der darüber aufgenommenen Protokolle vermittelt wurden.

---

[15]) Birkmeyer S. 416.

[16]) Ders. S. 417.

[17]) Rupp S. 150 f. bezeichnet diesen Grund als Concentrationsprinzip und sondert ihn scharf von dem Mündlichkeits- und Unmittelbarkeitsprinzip; der Grund für diese Trennung liegt lediglich in der Auffassung des Unmittelbarkeitsprinzips seitens dieses Schriftstellers, vgl. S. 26 dies. Abh.

[18]) Vgl. bezügl. des Augenscheins § 248; bezügl. schriftlicher Zeugnisse §§ 248, 253 I, II, 255 I; bezügl. der Protokolle über richterliche Zeugenvernehmungen §§ 49 I, II, 71 I, III, 250 I, II, 252 II; bezügl. der schriftlichen Sachverständigengutachten § 255 I; bezügl. der Protokolle über mündlich erstattete Sachverständigengutachten vgl. Note 13 S. 99, und zum ganzen S. 83 f. dies. Abh.

[19]) Birkmeyer S. 514.

Die von dem Gesetze geforderte Wiederholung der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung bringt aber nicht zu unterschätzende Gefahren mit sich. Es ist nämlich zu befürchten, „dass[20]) bei solch wiederholter Erhebung des nämlichen Beweises alles Gewicht auf die erste Erhebung fällt, und die spätere zu einer leeren Form herabsinkt. Um das zu verhüten, war es“ daher „nötig, Vorkehrungen zu treffen, welche bewirken, dass die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung auch in solchem Falle als die eigentlich Ausschlaggebende in den Vordergrund trete[21])“.

Man hat nun die Erfahrung gemacht, dass die Aussagen vor Gericht meist an Zuverlässigkeit und Genauigkeit gewinnen, diese notwendige Eigenschaft sogar vielfach erst erlangen, wenn sie unter dem moralischen Zwang, den der Gebrauch der Eidesformel bei der Aussage ausübt, gemacht werden. Darum[22]) soll die Beeidigung grundsätzlich (§ 65 I—IV[23])) erst

[20]) Ders. S. 519.

[21]) Über die hier einschlägige Litteratur vgl. Glaser I S. 571 Note 35, v. Kries S. 369 Note 2.

[22]) A. M. v. Kries S. 370: „Mit dem Grundsatz der Mündlichkeit oder Unmittelbarkeit hat der Zeitpunkt der Beeidigung nichts zu thun.“ Dagegen nimmt das Reichsgericht (R. IX S. 453) in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf diesen Grundsatz Bezug; vgl. ferner E. XII S. 376.

[23]) Öst. § 247; anders für bezirksgerichtliche Fälle nach öst. § 453 I. In scharfem Gegensatz zum deutschen Recht sieht Code art. 75 eine obligatorische Vereidigung der Zeugen schon bei ihrer Vernehmung durch den juge d'instruction vor; hievon eine Ausnahme in art. 79; besonders zu beachten art. 269 II (die von dem Vorsitzenden des Schwurgerichtshofes von Amtswegen geladenen Zeugen schwören nicht, ihre Angaben sind als blosse Auskunft zu erachten) im Gegensatz zu art. 317 I.

vor dem erkennenden Gericht stattfinden, „nur[24]) ausnahmsweise[25]) schon vor der Hauptverhandlung erfolgen[26]), muss aber dann jedenfalls in der Hauptverhandlung wiederholt werden[27])."

Hiemit[28]) ist von selbst dieser Vernehmung eine überwiegend hohe Bedeutung im Vergleich zu den früheren gesichert.

Als weitere bedenkliche Folge einer mehrmals wiederholten Beweisaufnahme muss, besonders in Ansehung der Zeugenaussagen, hervorgehoben werden, dass ihr Wert sicherlich nicht mit der Zahl der Vernehmungen wächst[29]).

Die Benutzung der Zeugnisse als Grundlage der Strafurteile hat schon an und für sich ebenso viel bedenkliches an sich, als unbezweifelt erscheinen muss, dass man ihrer im praktischen Leben in den meisten Fällen gar nicht entraten kann. Was die Erfahrung in zahlreichen Fällen seit langem gelehrt hat, haben in neuester Zeit eingehende Versuche[30]) schlagend bewiesen: die Unzuverlässigkeit und Trüglichkeit der Zeugnisse.

Man mag bei dieser Betrachtung die gewiss nicht

[24]) Birkmeyer S. 519.

[25]) Part. R. Planck S. 216, 235; öst. § 169, und zwar in Form des Nacheides (öst. § 171).

[26]) §§ 65, 222, 328, 401 II; über die Gründe dieser Ausnahmen Geyer, S. 849, v. Kries, S. 369.

[27]) Ebenso Code art. 155; vgl. E. XII S. 375 f.

[28]) Dass dieses Mittel nicht hinreiche, die Gefahr zu beseitigen wird vielfach behauptet; John II S. 190, Munckel, S. 12.

[29]) Vgl. John II S. 192 f.

[30]) Vgl. v. Liszt „Strafrecht und Psychologie"; ferner auch v. Pannwitz „die Psychologie im Gerichtssaal"; Leweler im „Archiv für Kriminal-Anthropologie und Kriminalistik" Bd. IX, Heft 4.

seltenen Fälle böswilliger oder fahrlässiger falscher Aussagen gänzlich bei Seite lassen, die Zahl derer, in denen Mangel eines richtigen Beobachtungsvermögens und Erkennens dessen, worauf es gerade im Augenblick des Wahrnehmens ankommt, sowie die Schwäche des menschlichen Gedächtnisses mitspielt, bleibt bedenklich hoch.

Als eine häufige Folge all dieser Mängel zeigt es sich auch, dass von mehreren völlig einwandfreien Zeugen jeder in dem bestimmten Falle eine andere Wahrnehmung gemacht haben will. Gilt doch gerade hier in weitem Umfang das Wort: Wenn zwei dasselbe thun (also hier: Vorgänge sehen, hören oder sonst wahrnehmen), so ist es (das Ergebnis der Wahrnehmung) nicht dasselbe!

Oft treten so dem Richter schwer zu beantwortende Fragen entgegen; ihre Lösung erheischt eine gründliche Vorbildung und enges Vertrautsein mit dem praktischen Leben, besonders denjenigen Verhältnissen, aus denen die einzelne Straftat hervorgegangen ist. Jedenfalls aber muss für ihn auch „die[31]) Kenntnis der gemeinrechtlichen Beweistheorie sehr wertvoll“ erscheinen; „denn dieselbe ist ja nichts andres als das Resultat jahrhundertelanger Erfahrung.“ Und wohl schwerlich wird ein Richter „seine[32]) eigene kleine Erfahrung als reicher an Umfang und zuverlässiger sorgfältiger Sichtung jenem Schatz von Jahrhunderten entgegensetzen wollen.“

Erscheint so die Benützung des Zeugnisses zur Beweisführung überhaupt in vielen Fällen bedenklich,

[31]) v. Kries S. 380.
[32]) Planck S. 384.

so kommt bei wiederholter Vernehmung derselben Person noch dazu, dass ihre Aussage immer weniger als eine von aussen unbeeinflusste gelten kann. Denn es lässt sich wohl nicht allzuoft vermeiden, dass der vernehmende Beamte durch Zwischenfragen (§ 239) und Vorhalten anderer abweichender Aussagen von ihm selbst oder Anderer auf den Zeugen einwirke, wenn anders überhaupt etwas sachdienliches durch ihn beigebracht werden soll. Nun unterliegt es aber keinem Zweifel, dass schliesslich der Zeuge, besonders einer, dem ein selbständiges Beobachten und Denken immer fremd geblieben ist, das wahrgenommen zu haben glaubt, was der Beamte, wie er meint, gerne von ihm erfahren möchte. Ein solches Zeugnis kann aber dann sicherlich nicht als wertvolle Urteilsgrundlage, als Mittel zur Erreichung materieller Wahrheit, begrüsst werden.

Auf der anderen Seite darf man aber nicht übersehen, dass der lange Zeitraum, der möglicherweise zwischen der gemachten Wahrnehmung und dem Tag der Hauptverhandlung liegt, ebenfalls die Güte der Aussage nicht fördert. In solchen Fällen erscheint es mithin zweckmässiger, schon während der Voruntersuchung die Aussage in einem richterlichen Protokoll niederzulegen, im Übrigen aber durch praktische Verteilung der erforderlichen Gerichte über das ganze Land hin und eine der Geschäftslast völlig entsprechende Besetzung derselben eine rasche Erledigung der Straffälle zu ermöglichen.

Aber auch so werden die hervorgehobenen Mängel sich niemals völlig heben lassen; man muss sich vielmehr notgedrungen damit begnügen, ihrem schlimmen Einfluss nach Kräften zu steuern.

§ 25.
Anhang zum IV. Abschnitt.

Wir sprachen von der Anwendung des Grundsatzes der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit in der Hauptverhandlung erster Instanz und gebrauchten dabei den Begriff „Hauptverhandlung“ ohne jede Einschränkung.

Von manchen Schriftstellern hingegen wird die Meinung vertreten, dass in der Tat nicht die Gesamtheit der Handlungen des Gerichts und der Parteien, die man in jenem Begriff zusammenzufassen pflegt, von den angeführten Grundsätzen beherrscht wird, wenn dies auch bezüglich des weitaus grössten Teiles der Hauptverhandlung der Fall sei. Vielmehr bezögen sich die Prinzipien „nur[1]) auf jene Thätigkeit im Prozess, welche in der Vorlage von Entscheidungsmaterial“ für das Urteil bestehe[2]), wie unser Gesetz überhaupt „seine prinzipiellen Regeln über das Verfahren zunächst immer nur“ aufstelle „für das Verfahren in der Hauptsache, d. h. für das Verfahren über den Strafanspruch“. Sie beträfen mithin nicht dasjenige Verfahren, welches andere, ausserhalb des Strafanspruchs liegende Ansprüche oder Pflichten zum Gegenstand hat, also etwa „die[3]) von dem Privat- oder Nebenkläger geforderte Busse“ oder die Kostenfrage.

Was nun zunächst die Busse betrifft, so mag es nicht allzu verwunderlich erscheinen, wenn man ihrer Zuerkennung durch den Strafrichter und dem auf

[1]) Birkmeyer S. 515, 516.

[2]) Über die angeblich den Grundsätzen nicht unterstellte Tätigkeit im Prozess vgl. Birkmeyer S. 515 sub 2a—c.

[3]) v. Kries S. 189; vgl. auch Birkmeyer S. 66f.

diese Zuerkennung allein abzielenden Teile des Verfahrens eine gesonderte Stellung in dem Rahmen des Strafprozesses einzuräumen geneigt ist.

Konnten doch die Beleidigungen und Körperverletzungen selbst — und an diese Fälle denkt man wohl zunächst, wenn von Busse die Rede ist — nach früherem Recht vielfach nur im Wege des Zivilprozesses verfolgt werden, in dem dann zugleich über die Entschädigungssumme erkannt wurde.

Und zudem steht es ja auch heute dem Verletzten frei, seinen Schadensersatzanspruch lediglich vor den bürgerlichen Gerichten zu erheben, anstatt gelegentlich der Durchführung des Strafprozesses in diesem eine Busse zu begehren.

Die Kostenfrage aber muss neben der Entscheidung über den staatlichen Strafanspruch, neben dem Erkenntnis „Schuldig“ oder „Unschuldig“ von selbst als ein untergeordneter, mehr nebensächlicher Punkt erscheinen. Daher kann der Gedanke, dass auch ihre Behandlung im Strafprozesse nach besonderen, freieren Vorschriften erfolge, nicht als sehr ferne liegend bezeichnet werden.

Dass nun der diese und ähnliche Fragen erledigende Teil des Prozesses unter eigenen Normen stehe, nach anderen Regeln sich abspiele als das übrige Verfahren, ist ausdrücklich nirgends im Gesetze bestimmt. Vergeblich wird man aber auch nach einer Vorschrift fahnden, aus der sich ein solcher Wille des Gesetzes herleiten liesse.

Und welche Bestimmungen, welche Regeln sollten denn auch dann hier gelten, wenn die sonst Platz greifenden Vorschriften für das Verfahren ausnahmsweise nicht zur Anwendung kommen sollten?

Dass der Strafrichter, ohne jede gesetzliche Schranke, völlig frei solle schalten und walten können, ist gewiss nicht als Absicht des Gesetzes anzusehen, so sehr auch im allgemeinen dem freien Ermessen des Richters Spielraum geschaffen ist.

Die Anschauung aber, dass kurzer Hand die passend erscheinenden Vorschriften der C.P.O. anzuwenden seien, ist mangels einer positiven Bestimmung des Gesetzes selber gänzlich ausgeschlossen; und jedenfalls stünde diese Meinung, selbst abgesehen von ihrer Unzulässigkeit, in starkem Gegensatz zu § 261 St.P.O. Denn wenn sich auch diese Bestimmung ausschliesslich auf eine Frage bezieht, von deren Entscheidung die Strafbarkeit eines Deliktes abhängt, also auf eine mit dem Strafanspruch selbst in engstem Zusammenhang stehende Frage, so kommt doch offenkundig in jenem Paragraphen auch im allgemeinen die Anschauung des Gesetzgebers zum Ausdruck, dass innerhalb des Strafprozesses, und zwar in seiner vollen Ausdehnung, die für diesen geltenden strengeren Vorschriften niemals zu Gunsten der minder strengen, anderen Verhältnissen und Prinzipien angepassten des Zivilprozesses weichen sollen.

Nahm nun die eben besprochene Theorie an, die Grundsätze der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit erstreckten sich nicht auf dasjenige Verfahren, welches ausserhalb des Strafanspruchs liegende Rechte und Pflichten zum Gegenstand habe, so behauptet andererseits das Reichsgericht[4]), dass „sich[5]) die Vor-

---

[4]) E. VI S. 161 f., X S. 254; Urteil des IV. Strafsenates des Reichsgerichts vom 4. Juli 1902.

[5]) v. Kries Z. VI S. 124 f.

schriften über das Beweisverfahren schlechthin nur auf die materiell rechtlich erheblichen Tatsachen (Schuld- und Straffrage) beziehen, dagegen nicht auf die prozessualisch" für die Entscheidung des Strafanspruchs relevanten, also z. B. nicht auf die Frage, ob ein erforderlicher Antrag gestellt sei, ob zur rechten Zeit, von den berechtigten Personen u. s. w.

Jedoch „in dem Abschnitt vom Zeugenbeweise, von den Sachverständigen und dem Augenschein, in der C.P.O. in den entsprechenden Abschnitten und dem vom Urkundenbeweise handelnden, nirgends findet sich eine Andeutung", welche diese Anschauung rechtfertigen könnte.

Zudem „führt[6]) die Ansicht des Reichsgerichts zu ganz unmöglichen Konsequenzen", die völlig analog jenen Folgen sind, welche die vorher erwähnte Theorie mit sich bringt. Nach der Meinung dieses Gerichtshofes „greifen" nämlich „hier (für den Beweis rein prozessualer Tatsachen) die Vorschriften der St.P.O. über den Zeugenbeweis nicht Platz. Also könnte man sich mit einer schriftlichen Mitteilung des X (der als Zeuge für jene Tatsache benannt wurde) statt seiner mündlichen Vernehmung begnügen, brauchte ihn auch bei letzterer nicht zu beeidigen. Ja, weiter, X wäre gar nicht Zeuge im Sinne der St.P.O., hätte also weder die Verpflichtung zu erscheinen noch auszusagen oder seine Aussage zu beschwören!"

Diese notwendigen Folgen lassen eine Auffassung zweifellos als unberechtigt erscheinen, für die überdies das Gesetz gar keine hinreichenden Anhaltspunkte bietet.

[6]) Ders. a. a. O.

V. Abschnitt.

Anwendung des Prinzips der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit ausserhalb der Hauptverhandlung erster Instanz.

§ 26.

1. Kapitel.

Das Vorverfahren.

Die Prinzipien der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit dienen dem Zweck, dass das Urteil des erkennenden Gerichts auf eigenen, durch keine Vermittelung getrübten Wahrnehmungen des Urteilenden beruhe, nur aus ihnen also hervorgehe; ihr Anwendungsgebiet muss demgemäss die Hauptverhandlung — jedoch nicht bloss die der ersten Instanz — sein. Sie gelten somit nicht für diejenigen Stadien des Prozesses, die lediglich der Vorbereitung jenes Teiles des Verfahrens dienen, auf welchen hin das Urteil ergeht.

Was für „die[1]) polizeiliche Voruntersuchung“ unseres früheren Rechts, d. h. „die unter Leitung[2]) der Staatsanwaltschaft veranstaltete Nachforschung,

---

[1]) Planck S. 208.

[2]) Vgl. Code art. 8: la police judiciaire recherche les crimes ..., en rassemble les preuves et en livre les auteurs aux tribunaux chargés de les punir; ebenso Code art. 10, 276.

um den muthmasslichen Straffall aufzuklären", Rechtens[3]) gewesen war, gilt auch für die „Vorbereitung der öffentlichen Klage" unseres jetzigen Prozesses: Dieses „Ermittelungsverfahren[4]) ist weder „mündlich" noch „schriftlich"." Es ist „in[5]) der Untersuchungsform konstruiert", darum der Beschuldigte nur Objekt des Verfahrens; doch sind ihm schon hier verschiedene Rechte (§ 136 I—III), so besonders ziemlich ungehinderter Verkehr mit dem Verteidiger (§ 148 I—III[6])) und eine allerdings beschränkte Einsichtnahme der Akten (§ 147 II, III[7])), ebenso ein Recht, die gerichtliche Voruntersuchung zu beantragen (§§ 176 II Ziff. 2 und 181), sowie ein Widerspruchsrecht gegenüber diesem Antrag der Staatsanwaltschaft (§§ 178 II, 179 I, 180 I). Von einem Verhandeln kann indes natürlich nicht die Rede sein, da es noch an Parteien fehlt; doch „wirkt[8]) die künftige Gestaltung des Verfahrens als Anklageprozess in gewissen Beziehungen bereits auf das Ermittelungsverfahren insofern vor, als die beiden anderen künftigen Prozesssubjekte (ausser dem Staatsanwalt) schon als solche unter Umständen auftreten können[9]). Auch stehen, soweit der Richter im Ermittelungsverfahren thätig wird, Ankläger und Beschuldigter bereits als Gleichberechtigte (§ 167) vor ihm."

---

[3]) Vgl. Planck S. 208 f.

[4]) v. Kries S. 252.

[5]) Birkmeyer S. 146.

[6]) Part. R. Planck S. 51, Note 3, 4, 5; öst. § 45 II.

[7]) Part. R. Planck S. 52 Note 8—11, S 171; öst. §§ 45 II, 82.

[8]) Birkmeyer S. 146.

[9]) Vgl. §§ 160, 161 II, 163, 164.

Wie für den Grundsatz der Mündlichkeit ist hier auch für den der Unmittelbarkeit der Beweiserhebung kein Raum; denn insoweit eine solche überhaupt erfolgt (§ 164), soll sie nur mittelbares Entscheidungsmaterial für spätere Beschlüsse oder Urteile, nämlich Protokolle, sammeln.

Ebensowenig wie im Ermittelungsverfahren des geltenden Rechts haben unsere Grundsätze in seiner Fortsetzung, der gerichtlichen Voruntersuchung, Anwendung gefunden; auch dieser Teil des Verfahrens dient lediglich der Vorbereitung der Hauptverhandlung und ist, wie jener, in der Untersuchungsform konstruiert.

Mit dieser Regelung ist unser Gesetzgeber der im reformierten Strafprozess[10]) vertretenen Anschauung gefolgt, während „de[11]) lege ferenda Streit darüber herrscht, ob nicht schon die Voruntersuchung in der Anklageform zu konstruieren sei, wie dies in der That im englischen Strafprozess[12]) der Fall ist.“ Manche Stimmen[13]) sind auch bei uns zu Gunsten der englischen Regelung laut geworden, und auch „die[14]) österreichische Str.P.O. von 1873 hat sich dieser Ansicht im wesentlichen angeschlossen. Doch ist der Gestaltung, für welche sich unser Gesetz entschieden

---

[10]) Vgl. Planck S. 241 f.

[11]) Birkmeyer S. 146.

[12]) Hier „entscheidet (Zachariae, I S. 51 Note 6) die grosse Jury nicht nach schriftlichen Acten, sondern auf Grund der Aussage der vor ihr erscheinenden Zeugen“. Des näheren Mittermayer „das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren“ S. 64 f., S. 273 f., vgl. auch S. 14 dies. Abh.

[13]) Vgl. Birkmeyer S. 147 Note 13—15, 17.

[14]) Ders. S. 147.

hat, unbedenklich der Vorzug einzuräumen; denn nur so werden jene Nachteile[15]) vermieden[16]), welche die Durchführung des Unmittelbarkeitsprinzips in der Hauptverhandlung mit sich zu bringen droht. Andernfalls nämlich würde die Voruntersuchung „ihren[17]) Zweck verfehlen, sie würde ihren ganzen Charakter verlieren, und selber zu einer Hauptverhandlung werden[18])".

Ist so weder dem Ankläger noch dem Angeschuldigten Parteistellung eingeräumt, sodass ein Verhandeln Gleichberechtigter begrifflich unmöglich ist, so zeigt sich doch die Berücksichtigung der Rechte[19]) jener künftigen Prozesssubjekte in diesem Stadium bereits in höherem Masse, als es in dem Ermittelungsverfahren der Fall ist.

Soweit aber eine Beweiserhebung[20]) stattfindet

---

[15]) Auch in England machen sich Reformbestrebungen zu Gunsten der Umgestaltung der jetzigen Voruntersuchung geltend; vgl. ders. S. 831.

[16]) S. 101 f. dies. Abh.; vgl. auch S. 135 a. a. O.

[17]) Ders. S. 147.

[18]) Dass diese Nachteile der Voruntersuchung des geltenden Rechts anhaften, behauptet mit Unrecht v. Schwartze b. Holtzendorff II S. 263.

[19]) Bezügl. der Staatsanwaltschaft §§ 191 I—III, 194, 195 II; öst. §§ 97 I, II, 123; ihre Rechte einschränkend §§ 190 II, 191 V, öst. §§ 97 II, 162, 198 I. Bezügl. des Angeschuldigten §§ 136 I—III, 190, 137 I, 147 II, III, 148 I, 191 I—III, 193 I, II; öst. §§ 97 II, 116, 123, 147, 199 II, 200, 202; seine Rechte einschränkend §§ 148 II, III, 191 III -V, 192; öst. §§ 97 II, 119 I, 162.

[20]) Code art. 237 lässt dem juge instructeur die Wahl zwischen eigener Vernehmung der Zeugen und Beauftragen eines andern Richters; vgl. art. 488, 489, 497.

(§ 188 I), besteht ihr Zweck ausschliesslich[21]) darin, die Entscheidung des Gerichts darüber zu ermöglichen, ob das Hauptverfahren zu eröffnen sei, denn dieser Beschluss[22]) stützt sich stets nur mittelbar auf die vorgenommenen Beweiserhebungen, er ergeht nur[23]) auf Grund der Akten.

Damit, dass unser Gesetz so dem Prinzip der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit für die Entscheidung über die Versetzung in den Anklagestand keine Geltung verlieh, hat es sich ablehnend gegenüber der „auch[24]) in Frankreich[25]) angeregten Frage" verhalten, „ob nicht die Entscheidung, wenngleich auf Grund der Akten, so doch nach mündlich—contradictorischer Verhandlung[26]) ergehen sollte".

Diese Stellungnahme unseres Gesetzgebers ist sicher zu billigen; denn „so[27]) verlockend solche Anregungen sind, so darf andererseits nicht übersehen werden, dass eine mündliche Verhandlung auf Grund der Akten ihr missliches hat, dass sie nur in Verbindung mit der unmittelbaren Vorführung der Beweise, d. h. mit der Umgestaltung der Voruntersuchung im Sinne des englischen Rechts[28]), ein

---

[21]) Soweit nicht § 188 II in Frage kommt.

[22]) Ebenso im reformierten Prozess, Zachariae I, S. 51, Planck S. 115, 116.

[23]) S. 85 dies. Abh.

[24]) Glaser I, S. 255.

[25]) Vgl. Birkmeyer S. 826.

[26]) In solcher Gestaltung, verbunden mit sonstigen Verbesserungen, sieht Ortloff „Für oder Wider die Berufung in Strafsachen?" S. 42 einen Ersatz für die Berufung; vgl. S. 135 dies. Abh.

[27]) Glaser a. a. O.

[28]) Über die Nachteile dieses Verfahrens vgl. S. 112 dies. Abh.

befriedigendes Resultat erwarten lässt, und dass gleichzeitig je grösser der Apparat ist, der für die Entscheidung über die Versetzung in Anklagestand in Bewegung gesetzt wird, desto bedenklicher das Gewicht des die letztere aussprechenden Beschlusses zum Nachtheil des Angeklagten werden muss.“ Denn zweifellos wird die auf solche Weise zu Stande gekommene Entscheidung der unmittelbaren Vorführung des Urteilsstoffes in der Hauptverhandlung ihre Bedeutung zum grössten Teile entziehen.

2. Kapitel.

Das Rechtsmittelverfahren.

§ 27.

I. Im allgemeinen.

Eingangs des vorigen Paragraphen[1]) wurde erwähnt, das Anwendungsgebiet des Grundsatzes der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit im Strafprozess sei die Hauptverhandlung und zwar nicht blos die der ersten Instanz. Hiedurch ist einmal ausgesprochen, dass diese Prinzipien an sich in der Rechtsmittelinstanz im engeren Sinne wie im Wiederaufnahmeverfahren gelten, zugleich aber angedeutet, dass sie das Beschwerdeverfahren nicht beherrschen.

Das Rechtsmittel der Beschwerde greift nämlich Entscheidungen an über Nebenfragen, die sich bei der Erledigung der Hauptsache ergeben, mithin Be-

[1]) S. 108 dies. Abh.

schlüsse und Verfügungen, nicht Urteile; die Verhandlung vor der Beschwerdeinstanz ist also nicht eine über den Strafanspruch. Nun ist aber „die[2]) Mündlichkeit und Unmittelbarkeit als das vorzüglichste Mittel statuiert, um die materielle Wahrheit festzustellen. Der Grundsatz der materiellen Wahrheit seinerseits aber steht im engsten Zusammenhang mit der Natur der Strafsache, d. h. des Strafanspruchs. Folglich erschien es blos hinsichtlich des Verfahrens über den Strafanspruch selbst geboten, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit zu verlangen".

Dementsprechend erfolgt die Entscheidung über die Beschwerde, sofern nicht der judex a quo der begründeten einfachen (§ 348 II[3])) Beschwerde kurzer Hand abgeholfen hat, ohne vorgängige mündliche Verhandlung „auf[4]) Grund der Parteischrift und der Akten", in geeigneten Fällen nach Anhörung der Staatsanwaltschaft[5]). „Etwa[6]) erforderliche Ermittelungen, mit Einschluss förmlicher Beweisaufnahmen", kann das Beschwerdegericht selbst vornehmen oder ihre Vornahme anordnen, seine Entscheidung also auf vermittelte Beweisaufnahme stützen.

Ganz anders in dem Wiederaufnahmeverfahren[7]), (§ 399—413[8])), das regelmässig[9]) eine neue Hauptverhandlung erheischt, und in dem darum die für

[2]) Birkmeyer S. 516.
[3]) Anders bei der sofortigen Beschwerde § 353 III.
[4]) Glaser I, S. 256.
[5]) Die Regel in § 351 I, die Ausnahme in § 122.
[6]) Birkmeyer S 733.
[7]) Litteraturüberblick bei Birkmeyer S. 732.
[8]) Öst. §§ 352—363.
[9]) Ausnahmen § 411 I, II; öst. § 359 I.

eine solche geltenden Grundsätze in vollem Umfang angenommen sind. Diese neue Hauptverhandlung beruht also auf dem Mündlichkeitsprinzip und erfordert auch „die[10]) vollständige Reproduktion der früheren Beweisaufnahme; eine theilweise Reproduktion würde mit der Untheilbarkeit einer mündlichen Beweisaufnahme nicht vereinbar sein."

Nun bringt allerdings diese in den meisten Fällen lange nach der ersten Verurteilung stattfindende Wiederholung des Prozesses die an früherer Stelle[11]) bezeichneten Mängel in weitem Umfang mit sich[12]); allein diese Besorgnis kann nicht dazu führen, eine unverkennbar auf falscher Grundlage beruhende Entscheidung zu Recht bestehen zu lassen, am wenigsten dann, wenn sie einen Unschuldigen verurteilt oder doch eine unverhältnismässig hohe Strafe ausspricht. In der „Anwendung[13]) des alten Satzes: in dubio pro reo liegt" so „die Rechtfertigung für die Verschiedenheit in der Zulassung und Behandlung der Wiederaufnahme, je nachdem sie zu Gunsten oder zu Ungunsten des Angeklagten beantragen wird".

Während das Verfahren, das infolge eines begründeten Antrags auf Wiederaufnahme stattfindet, als neue Hauptverhandlung von den Prinzipien der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit beherrscht wird, können diese Grundsätze für das Verfahren vor der Revisionsinstanz nach dem ganzen Wesen dieses

---

[10]) v. Schwarze bei Holtzendorff II S. 348.

[11]) S. 101 f. dies. Abh.

[12]) Vgl. v. Schwarze a. a. O. S. 328 f., v. Kries S. 702 Loewe Note 1 zu § 410; Gross b. Ortloff a. a. O. S. 55, 56.

[13]) v. Schwarze a. a. O. S. 330, 331.

Rechtsmittels nur in ganz geringem Umfang[14]) in Frage kommen.

„Das[15]) Revisionsgericht hat die Aufgabe, die Anwendung des Gesetzes, wie sie von der Vorinstanz erfolgt ist, nachzuprüfen. Eine neue Thatsachenfeststellung findet dabei prinzipiell nicht statt; vielmehr übernimmt die Revisionsinstanz den Sachverhalt als einen feststehenden aus der Vorinstanz. Nun bezieht sich aber der Grundsatz der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit mit seinen hohen Vorzügen gerade auf die Feststellung des Sachverhalts. Daraus ergiebt sich, dass die Revisionsinstanz kein eigentliches Anwendungsgebiet für unsern Grundsatz bildet."

Dass das Mündlichkeitsprinzip keine ausgedehnte Geltung erlangt hat, ergibt sich schon daraus[16]), dass „Anwesenheit[17]) des Angeklagten oder eines Vertreters niemals[18]) nothwendige Prozessvoraussetzung ist[19])". Sein „Nichterscheinen zieht niemals Nach-

---

[14]) Dass der Grundsatz der Unmittelbarkeit hier überhaupt nicht in Frage kommt, nimmt mit Unrecht Bennecke S. 408 an.

[15]) Birkmeyer S. 515.

[16]) Vgl. ders. S. 106.

[17]) Bennecke S. 763.

[18]) Über den Grund Motive S. 208 (Hahn III, 1, S. 256).

[19]) In einem Falle (§ 397) geht das Gesetz, aus anerkennenswerter Rücksicht auf die Billigkeit, sogar noch weiter! Erfolgt nämlich „zu Gunsten eines Angeklagten Aufhebung des Urtheils wegen Gesetzesverletzung bei Anwendung des Strafgesetzes, und erstreckt sich das Urtheil, soweit es aufgehoben wird, noch auf andere Angeklagte, welche die Revision nicht eingelegt haben, so ist zu erkennen, als ob sie gleichfalls die Revision eingelegt hätten! Hier wird also zu Gunsten der in der Vorinstanz Verurteilten entschieden ohne ihre Anwesenheit, ja selbst ohne dass sie alle in dieser Instanz Partei wären.

theile nach sich. Ausdrücklich entzieht“ sogar „§ 390 Abs. 2[20]) dem Verhafteten den Anspruch auf Anwesenheit. Das Einzige, was dem Angeklagten zusteht, ist, dass er, oder wenn er es verlangt, sein Vertheidiger vom Tage der Hauptverhandlung benachrichtigt werde. Er muss in dieser zugelassen werden, ebenso sein Vertheidiger“.

Zudem beginnt die Hauptverhandlung „nach[21]) dem Aufruf der Sache sofort mit dem Vortrag des Berichterstatters, welcher das Gericht mit dem Sachverhältnis und den Beschwerdegründen bekannt macht“; nicht ist es Sache der Parteien, den Urteilsstoff selbst durch Rede und Gegenrede in mündlicher Verhandlung vorzuführen.

Zu einer Beweisaufnahme aber kommt es überhaupt nur in seltenen Fällen[22]). Findet sie statt, so „sind[23]) die zur Verwendung kommenden Beweismittel freilich meistens Urkunden, in erster Linie das Protokoll über die Hauptverhandlung erster Instanz, ferner etwa das eines ersuchten Richters oder die amtliche Korrespondenz. Das kann aber daran nichts ändern, dass es eine Beweisaufnahme ist, für welche § 248 und § 260 massgebend sind. Das Revisionsgericht ist insbesondere nicht befugt, seinem Urteil Urkunden zu Grunde zu legen, die in der mündlichen Verhandlung nicht verlesen wurden“. Dagegen „kommt es freilich zu einer Ladung von Auskunftspersonen hier regelmässig nicht“.

[20]) Öst. S. 268 II.

[21]) Birkmeyer S. 722.

[22]) Unrichtig ist dagegen die Behauptung, das ganze Beweisverfahren falle weg; so Bennecke S. 763.

[23]) v. Kries S. 682.

Wenn so diejenige Hauptverhandlung, welche als letzte im ordentlichen Instanzenzug — wenn überhaupt eine Anfechtung erfolgte — regelmässig den endgiltigen Abschluss des Strafprozesses herbeiführt, der Herrschaft des Mündlichkeits- und Unmittelbarkeitsprinzips fast gänzlich entzogen ist, so drängt sich die Frage auf, ob dies Abgehen von jenen Grundsätzen, die doch als sicherste Bürgschaft für ein gerechtes Urteil angesehen werden müssen, als zweckentsprechend zu begrüssen oder eine Abänderung der lex lata in dieser Hinsicht erwünscht sei.

Am richtigsten wird sich die Antwort hierauf im Anschluss an die Erörterung der Frage geben lassen, ob ordentliche Rechtsmittel überhaupt als nötig erscheinen, und wie sie gegebenenfalls am besten gestaltet werden.

§ 28.

II. Über die Notwendigkeit der Rechtsmittel überhaupt.

Zu der Einrichtung der Rechtsmittel d. h. zu der Gewährung der Möglichkeit, ein beschwerendes richterliches Erkenntnis einem höheren Gericht zur Prüfung und Abänderung zu unterbreiten, bestimmt den Gesetzgeber die „Fürsorge [1]) für die Erzielung gerechter, d. h. dem Gesetze entsprechender Entscheidungen. Dieses Ziel wird sich durch eine wiederholte richterliche Prüfung der zu entscheidenden Fragen vermutlich [2]) sicherer erreichen lassen, als wenn gleich die

[1]) Birkmeyer S. 686.
[2]) Ähnlich Munckel S. 9.

erste Entscheidung Recht schafft. Mit einer einmaligen Entscheidung wird man sich umso weniger begnügen dürfen, je weniger Garantien das Verfahren erster Instanz selbst dafür bietet, dass gleich die erste Entscheidung richtig und gerecht sein werde."

Unbedingt geboten musste somit ein Instanzenzug in dem schriftlichen Inquisitionsprozess erscheinen; unterlag doch in diesem „die[3]) Tätigkeit des Inquirenten während der Untersuchung keiner Controle: Weder hatte er berechtigte Parteien noch ihn berichtigende Collegen, an deren Mitwirkung er gebunden gewesen wäre, zur Seite, noch auch spürte er die Urteilskraft der Öffentlichkeit an sich. Selbst die Strafendurteile wurden vielfach von Einzelrichtern gefunden.

Ein so organisirter Process drängt zur Aufnahme eines Prozessstadiums behufs nach Prüfung der unterrichterlichen Tätigkeit: die höhere Instanz ist ebenso unentbehrlich als das Verfahren der ersten Instanz mangelhaft ist, die höhere Instanz wird in demselben Maasse zulässig, als das unterrichterliche Verfahren eine Nachprüfung gestattet, d. h. principiell ins Unendliche! Denn der ganze Processstoff liegt in den Acten, diese aber können ohne Schaden von den verschiedensten höheren Gerichtshöfen studirt[4]) werden. So drängt der Inquisitionsprocess zu Instanzen, aber nicht zu bestimmter Instanzenzahl, woraus allein sich der Grundsatz[5]) der tres conformes erklärt."

[3]) Binding S. 224, 225; vgl. Geyer S. 69, 70.

[4]) Vgl. Ortloff a. a. O. S. 14.

[5]) „Bei schweren, besonders todeswürdigen Verbrechen war vielfach wiederholte Einlegung des Rechtsmittels statthaft, solange

Erheischt so der Inquisitionsprozess dringend die Zulassung von Rechtsmitteln, so muss sie in unserm Prozess, der freilich die zahlreichen Mängel jenes Verfahrens in vielen Richtungen erfolgreich abgestreift hat, doch zum mindesten als empfehlenswert[6]) gelten.

Denn „da[7]) ungeachtet des Strebens der Gesetzgebung, materielle Wahrheit in der Strafjustiz zur Geltung zu bringen, die in diesem Sinne geschaffenen Mittel einer korrekten und gerechten Rechtssprechung in erster Instanz — Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme, freie Beweiswürdigung, entsprechende Besetzung der Erkenntnisgerichte, Parteimitwirkung, Vertheidigung u. s. w.[8]) — keine absolute Garantie für die Abwehr von Fehlern im Verfahren und materiell ungerechtes Urtheilen bieten können, so ist die weitere Forderung an die Gesetzgebung gerechtfertigt[9]), jene Garantie durch ein entsprechendes Mittel mindestens zu verstärken.

Als solches[10]) erscheint jedenfalls die Anfechtbar-

---

bis drei gleichlautende Erkenntnisse (tres conformes) vorlagen", so Binding S. 222.

[6]) Wenn Binding S. 225 meint, die Vorzüge des jetzigen Verfahrens seien „ebensoviel Gründe, die höhere Instanz (entweder) ganz zu beseitig n (oder erheblich einzuschränken)", so schiesst er damit über das Ziel hinaus; völlig zutreffend ist daher seine (hier in den Klammern beigefügte) Einschränkung jener Behauptung.

[7]) Ullmann, deutsch S. 578.

[8]) Hier ist noch zu erwähnen die Pflicht der Parteien zu gegenseitigen Informationen; vgl. S. 71 dies. Abh.

[9]) Vgl. Munckel S. 7.

[10]) Schon (vgl. Binding S. 220) Ulpian äussert sich über den Grund des Rechtsmittels in diesem Sinne: appellandi usus quam

keit des Urtheils, wenn dieses auf einer formell gesetzwidrigen Grundlage beruht, da es unmöglich der Würde des Staats entsprechen kann, an ein nichtiges Urtheil (sententia nulla) rechtliche Wirkungen zu knüpfen. Aber auch die Aufrechthaltung eines materiell unrichtigen Urtheils (sententia iniqua) widerspricht der Aufgabe des Staats, nur dem Inhalte nach richtige Urtheile in Vollzug zu setzen, denn es handelt sich im Staate auch darum, dass den Parteien im einzelnen Falle ihr Recht werde".

§ 29.

III. Über die Frage ihrer zweckmässigsten Gestaltung unter Berücksichtigung der möglichen Ersatzmittel für sie.

Erscheint es somit im öffentlichen, wie privaten Interesse geboten, die bisher schon in die erste Instanz gelegten Garantien für eine gesetzmässige, der Gerechtigkeit völlig entsprechende Justiz noch zu verstärken, so fragt es sich wohl zunächst, ob dieser Zweck nicht auch auf andere Weise als gerade durch Zulassung von Rechtsmitteln erreicht werden könnte, und nicht so vielleicht sogar besser als durch jene. Mit andern Worten: es fragt sich, ob nicht die „Sicherungs-Massregeln[1]), welche der Urtheilsfällung vorausgehen und die Unrichtigkeit verhüten", zweck-

---

sit frequens quamque necessarius, nemo est qui nesciat, quippe cum iniquitatem judicantium vel imperitiam recorrigat. l. 1 pr. D. de appell. 49, 1.

[1]) Munckel S. 9.

mässig ganz oder wenigstens zum Teil an die Stelle jener anderen treten können, „welche ihr nachfolgen und die gleichwohl nicht verhütete Unrichtigkeit verbessern sollen[2])".

Zwecks erschöpfender Ermittelung des Tatbestandes, auf dem das Urteil beruhen soll, möchte es angezeigt erscheinen, die gerichtliche Voruntersuchung als eine obligatorische auf jene Fälle auszudehnen, in welchen sie nach dem geltenden Recht unzulässig (§ 176 III[3])) oder doch nur fakultativ (§ 176 II[4])) ist. Lehrt doch die Erfahrung, dass sich niemals[5]) eine starke Bewegung zu Gunsten der Einführung eines der Prüfung der tatsächlichen Entscheidungsgrundlage dienenden Rechtsmittels[6]) gegenüber den schwurgerichtlichen Urteilen[7]) erhob, denen die gerichtliche

---

[2]) Ders. a. a. O. hält es „für den Grundfehler in der Rechtsmittel-Anordnung des geltenden Gesetzes, dass man die eine Art durch die andere gleichsam aufrechnend ersetzen, und durch Verstärkung der Verhütungs-Massregeln die Verbesserungsmassregeln entbehrlich machen zu können glaubte".

[3]) Öst. § 451 I.

[4]) Öst. § 91 II.

[5]) Vgl. v. Kries S. 649.

[6]) Code art. 262 gewährt ebenfalls nur la voie de la cassation gegen die Urteile de la cour d'assises.

[7]) Das Vorhandensein der obligatorischen Voruntersuchung scheint unbestreitbar der überwiegende Grund zu sein, warum jene Forderung hier nicht erhoben wurde; daneben wohl auch das vielfache „Hinneigen (Menzen S. 21) der Geschworenen zur Verneinung der Schuldfrage in nicht eklatanten Fällen". Nicht hingegen, wie v. Kries, a. a. O. Note 2 treffend bemerkt, der „Hinweis auf die offenbare Unmöglichkeit einer solchen". Ebensowenig auch (a. M. Menzen, a. a. O.) „liegt (Munckel S. 15) der Unterschied ... in dem Umstande ..., dass dem Gerichtshof freisteht (§ 317; öst. § 332; Code art. 352 I), einen Spruch der Geschworenen

Voruntersuchung vorangehen muss (§ 176 I); denn „wo[8]) die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung mit grosser Sorgfalt erfolgt . . ., bedarf es keines die Thatfrage berührenden Rechtsmittels".

Was zunächst die schöffengerichtlichen Sachen anlangt, so kann bei ihnen ein solcher Ersatz

---

zu beseitigen, wenn die Richter einstimmig der Meinung sind, dass die Geschworenen zum Nachtheil des Angeklagten geirrt haben. Von dieser Befugniss ist verhältnissmässig selten Anwendung gemacht".

Auch ist wohl nicht der Umstand massgebend, wie Munckel a. a. O. irrig annimmt, „dass bei der Einrichtung der Schwurgerichte die Leitung der Verhandlung und die Findung des thatsächlichen Urtheils in verschiedenen Händen liegt. Während der Vorsitzende — und wo seine Entscheidung in Zweifel gezogen wird, der Gerichtshof — die Verhandlung leitet und die Beweisanträge genehmigt oder abweist, entscheiden die Geschworenen über die Frage der Schuld oder Nichtschuld.

Bei dieser Unterscheidung können sie zugleich — und sie thun es erfahrungsmässig — die Leitung der Verhandlung ihrer Beurtheilung unterziehen. Die Ansicht des Vorsitzenden, welche fast bei allen schwurgerichtlichen Verhandlungen trotz des bisweilen vorwaltenden redlichen Bestrebens nach unbedingter Sachlichkeit deutlich erkennbar ist, und sich häufig auch — bei Beschlüssen des Gerichts — als diejenige des Gerichtshofes herausstellt, unterliegt somit sofortiger Nachprüfung durch die Geschworenen, so zwar, dass" eine „zweimalige Beurtheilung . . . im schwurgerichtlichen Verfahren ohnehin gegeben ist."

Denn ohne Zweifel wird die Tätigkeit der Geschworenen, deren richterliches Fungieren das Reichsgericht (E. XXII S. 107 f.; vgl. Note 2 S. 69 dies. Abh.) bekanntlich recht niedrig einschätzt, von Munckel weit überschätzt, wenn er ihnen eine umfassende kritische Beurteilung der ganzen Verhandlung zuschreibt, welche sogar die Prüfung des Urteils durch ein oberes Gericht als völlig überflüssig erscheinen lässt.

[8]) v. Kries a. a. O.

ernstlich nicht in Frage kommen; denn bei den geringfügigeren und meist wenig verwickelten Fällen, um die es sich hier handelt, muss „in[9]) erster Linie für die Schleunigkeit[10]) der Aburteilung Sorge getragen“ werden.

Welches Gewicht einer möglichst raschen Erledigung hier beigelegt wird, ergibt sich ja schon daraus, dass unser Gesetz in § 244 II selbst „Einschränkung[11]) in Bezug auf den Entlastungsbeweis des Angeklagten zulässt“.

Eine eingehende Voruntersuchung in allen Fällen aber müsste die gerade hier so wünschenswerte Raschheit der Erledigung zu einem Ding der Unmöglichkeit machen.

Freilich sollte auch wiederum das Streben nach Beschleunigung nicht, wie es tatsächlich der Fall ist, soweit gehen, dass „der[12]) Beschuldigte aus der Anklageschrift nicht einmal die einzelnen Thatsachen erfährt, welche in der Hauptverhandlung zur Sprache kommen werden[13])“.

Gerade das Interesse an einer raschen Erledigung wird nun „notwendig[14]) die Garantien eines gerechten Urteils“ der ersten Instanz „beeinträchtigen“, eine höhere Instanz mit der Befugnis, die tatsächlichen Verhältnisse zu prüfen, somit als unentbehrlich erscheinen lassen.

Der leitende Gedanke also, auf dem die Gestaltung

---

[9]) Ders. a. a. O.

[10]) Ebenso Menzen S. 4.

[11]) Ders. a. a. O.

[12]) v. Kries a. a. O.

[13]) Vgl. v. Schwarze, a. a. O. S. 244.

[14]) Birkmeyer S. 698.

des Schöffengerichts beruht, erheischt hier die Möglichkeit, das erstinstanzielle Urteil einer die Tatfrage berücksichtigenden Prüfung des oberen Gerichts vorlegen zu können, mag man mit dieser Gestaltung auch in unlöslichen Widerspruch mit den sonst für das Verfahren angenommenen Grundsätzen treten müssen.

Denn dass die Berufung wirklich mit den Grundsätzen der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit unvereinbar[15]) sei, oder, falls diese Prinzipien in der zweiten Instanz tatsächlich Anerkennung finden, das zweite Urteil auf schechterer Grundlage beruht als das angefochtene, lässt sich nicht in Abrede stellen; verlangt doch jener Grundsatz, „dass[16]) das Urteil beruhe auf dem Sachverhalt so wie ihn die Verhandlung vor dem erkennenden Gericht ergeben hat.

Will man nun gegen ein solches Urteil eine sachliche Nachprüfung in einer anderen Instanz gestatten, so ist nur zweierlei denkbar[17]): entweder die zweite Instanz entnimmt ihren Urteilsstoff, soweit nicht Nova vorgebracht werden, den Akten der ersten Instanz; dann ist der Grundsatz der Mündlichkeit preisgegeben[18]); oder man hält an dem Grundsatz der Mündlichkeit auch für die neue Instanz fest; verlangt

[15]) Vgl. z. B. Geyer S. 13, 14, 802; Friedberg bei Ortloff a. a. O. S. 17, Birkmeyer S. 519, Motive S. 193 (Hahn III, 1, S. 242, 243). A. M. Munckel S. 11, jedoch ohne überzeugende Begründung seiner Anschauung; a. M. auch v. Gross bei Ortloff a. a. O. S. 8, 9.

[16]) Birkmeyer S. 519.

[17]) Vgl. Geyer S. 19.

[18]) Vgl. v. Kries S. 646, Zachariae I S. 52, 53. Hiefür entschied sich cap. 11 X. de probat, 2, 19; vgl. S. 4 dies. Abh.

also, dass aller Urteilsstoff hier neu[19]) produziert, insbesondere alle Beweise noch einmal aufgenommen werden."

Alle Bedenken, die gegen eine Wiederholung der Beweisaufnahme des Vorverfahrens in der Hauptverhandlung sprachen[20]), müssen nun bei solcher Gestaltung des Verfahrens in beträchtlich verstärktem Masse hier wiederum auftauchen. „Man[21]) läuft Gefahr, dem Urteil der zweiten Instanz einen viel unrichtigeren Sachverhalt zu Grunde zu legen, als ihn das Urteil der ersten Instanz hatte. Denn in der Zwischenzeit werden sich die Spuren der That verwischt, die Erinnerung der Zeugen abgeschwächt haben, Überführungsstücke können verloren gegangen, Zeugen gestorben sein."

Sind nun auch diese Bedenken bei der Verwendung von Urkunden[22]) als Beweismittel allerdings geringer, da bei diesen eine Veränderung oder ein Abhandenkommen nicht eben die Regel bilden wird, so bleiben sie doch in weitem Umfang bezüglich der Augenscheinsobjekte, in jeder Richtung bezüglich der Zeugen bestehen: „kurz[23]) das erkennende Gericht der neuen Instanz wird meist schlechter[24]) informiert sein, als das der ersten Instanz."

---

[19]) Vgl. v. Kries S. 646, Geyer S. 803.

[20]) S. 101 f. dies. Abh.

[21]) Birkmeyer S. 519.

[22]) Dass „die Behauptung, die Berufung widerspreche dem Grundsatz der Unmittelbarkeit, ... auf Urkunden und Augenscheinsobjekte" gar nicht passe, nimmt Bennecke S. 734 Note 8 an.

[23]) Birkmeyer a. a. O.

[24]) Mit Recht spricht Zachariae I S. 53 I hier von einer appellatio a judice bene informato ad judicem pejus informatum;

Die hervorragend praktische Bedeutung jenes leitenden Gedankens im schöffengerichtlichen Verfahren muss demnach die Rechtfertigung für ein Abgehen von den Prinzipien darstellen, wie auch nicht zu verkennen ist, dass gerade bei diesen Straffällen „die[25]) Schwierigkeit der Wiederholung der Verhandlung in zweiter Instanz nicht in dem Masse vorhanden sei, dass sie zur Aufgebung der Berufung nötigen müsste".

Aber noch weiteres ist zu bedenken: die allgemeine Durchführung einer obligatorischen Voruntersuchung würde, mit Rücksicht auf die grosse Zahl schöffengerichtlicher Fälle, eine ganz bedeutende Erhöhung der Arbeitslast der Gerichte und damit eine sehr beträchtliche Mehrung der Kosten der Rechtspflege herbeiführen. Nun ist ja freilich richtig, „der[26]) Kostenpunkt kann in Fragen, wo es sich um Recht und Unrecht handelt, wesentlich nicht in Betracht kommen"; allein mit den erhöhten Kosten wäre hier das angestrebte Ziel nicht erreicht, denn sie stünden keinesfalls in passendem Verhältnis zu den durch Beseitigung der Berufung hier etwa erzielten Vorteilen.

Ein derartiger Ersatz dieses Rechtsmittels bei den schöffengerichtlichen Sachen würde aber ausserdem nur dafür bürgen, dass die tatsächliche Grund-

---

ebenso Geyer S. 803. Vgl. auch Ullmann deutsch S. 588 Note 1, Planck S. 565, Mittermaier b. Ortloff a. a. S. 7, 8. „Die Erwägung (Munckel S. 12) ..., dass der Richter diese Uebelstände kennt und ihrem Vorhandensein bei seinem Spruche Rechnung tragen wird", kann diese Bedenken keinesfalls zerstreuen.

[25]) Ortloff a. a. O. S. 58, 59.

[26]) Munckel S. 16.

lage des Urteils richtig sei, jedoch gegenüber einer falschen Anwendung des Gesetzes keinerlei Garantieen bieten.

Und diese Gefahr muss doch, wenn sie überhaupt vorhanden ist, zweifellos gerade bei den schon zur Zeit unserer Strafprozessgesetzgebung „nicht[27]) ohne Misstrauen betrachteten" Schöffengerichten in verstärktem Masse[28]) sich zeigen. Denn dem einen rechtskundigen Richter kann bei Anwendung des Gesetzes weit leichter ein Irrtum unterlaufen, als einem Kollegium. Ferner ist aber auch für ihn selbst die Bewegungsfreiheit stark eingeschränkt, da die beiden Laienrichter — von der im ganzen wenig bedeutsamen Ausnahme des § 31 II und den nicht eben zahlreichen Fällen amtsrichterlicher Aburteilung (§ 211 II, E. G. St.P.O. § 3 III) abgesehen — „während (G.V.G. § 30) der Hauptverhandlung das Richteramt in vollem Umfange und mit gleichem Stimmrechte ausüben wie der Amtsrichter und auch an denjenigen, im Laufe einer Hauptverhandlung zu erlassenden Entscheidungen Theil nehmen, welche in keiner Beziehung zu der Urtheilsfällung stehen, und welche auch ohne vorgängige mündliche Verhandlung erlassen werden können".

Dieses zweite Bedenken liesse sich nun allerdings dadurch beseitigen, dass gegen die schöffengerichtlichen Urteile mit obligatorischer Voruntersuchung das Rechtsmittel der Revision eingeführt würde. Aber bei solcher Regelung blieben doch die zuerst erwähnten Nachteile in vollem Masse bestehen, man

---

[27]) Geyer S. 804.

[28]) Über die Erwägungen des Reichstags und der Justizkommission vgl. Menzen S. 4; ausserdem Ortloff a. a. O. S. 24

würde also in keiner Weise zu einem voll befriedigenden Ergebnis gelangen.

Es muss sich hienach empfehlen bei den schöffengerichtlichen Sachen die Berufung als solche, trotz der prinzipiellen Bedenken, zuzulassen, und nur den mannigfachen Klagen[29]) gegen ihre jetzige Gestaltung durch Verbesserungen in einzelnen Punkten gerecht zu werden.

Hingegen muss bezüglich der Strafkammerurteile erwogen werden, ob nicht die Einführung der obligatorischen Voruntersuchung, allenfalls zusammen mit einer Mehrung der sonstigen Garantieen für eine durchaus richtige Feststellung des Tatsachenmaterials, einen völlig ausreichenden Ersatz für die hier geforderte Gewährung eines zur Nachprüfung und Erweiterung der tatsächlichen Grundlage des Urteils führenden Rechtsmittels zu bieten vermöchte; sind doch „wiederholt[30]) Klagen über die Mangelhaftigkeit der Rechtsprechung der Strafkammern" gerade „hinsichtlich der Thatfrage laut geworden".

Fände sich so ein praktisch wohl durchführbares Ersatzmittel, das alle Garantieen, die der Berufung nachgerühmt werden, ebenso zu bieten vermöchte, so müsste das „im[31]) Volke und aus der Praxis heraus immer lebhafter[32])" gewordene „Verlangen nach

[29]) Vgl. statt Anderer Binding S. 240—250.

[30]) Menzen S. 5.

[31]) Birkmeyer S. 698.

[32]) „In C. Heymanns Juristischem Litteraturblatt, Bd. VI Nr. 9 und Bd. VII Nr. 2 findet sich eine gedrängte Übersicht über die zur Novelle (der St.P.O.) erschienenen Presserzeugnisse und dabei auch eine Übersicht über die Fürsprecher und Widersacher der Berufung und Vermittler ihrer Einführung"; so Ortloff a. a. O. S. 30. Vgl. auch ders. S. 27.

Wiedereinführung der Berufung auch für die landgerichtlichen Strafsachen" verstummen.

Der von mancher Seite gegen eine derartige Regelung erhobene Einwand, die Sorgfalt der Tätigkeit des Richters, gerade rücksichtlich der Tatsachenerforschung wie auch bezüglich der Gesetzesanwendung, werde geringer sei, wenn er keine höhere Instanz über sich wisse, verdient — gewissenhafte Beamte als Regelerscheinung vorausgesetzt — wohl keine sonderliche Beachtung[33]).

Doch muss auch die entgegengesetzte Ansicht[34]) zurückgewiesen werden, „dass[35]) Straffälle weniger sorgfältig verhandelt würden, wenn die Verhandlungen in der ersten Instanz nicht endgültig wären"; denn der erstinstanzliche Richter kann es doch unmöglich

[33]) Ebensowenig kann vor dem Versuch einer solchen Regelung der Hinweis darauf abhalten, dass in unserm Zivilprozesse die Berufung auch gegen die Urteile der Zivilkammern der Landgerichte (C.P.O. § 511) mit Erfolg eingeführt sei. Was eben für eine bestimmte Gattung von Rechtsverhältnissen angemessen und zweckentsprechend erscheint, ist mit nichten notwendiger Weise auch für eine andere Art gut verwertbar. Andere Grundlagen und Voraussetzungen bedingen eben regelmässig eine andere Behandlung. So ist es denn auch mit Recht wohl noch niemanden in den Sinn gekommen, für das Straf- oder Zivilverfahren die Einführung eines ordentlichen Rechtsmittels zu befürworten, das auch in der dritten Instanz noch sowohl Tat- wie Rechtsfragen, also die ganze Sache, der Beurteilung des Gerichtes unterwirft, lediglich deshalb, weil die bayerische „Verwaltungsrechtsbeschwerde", welche diese Wirkung äussert, sich in der Praxis wohl bewährt hat.

[34]) Mit dieser „Begründung wurde" in England „ein Entwurf vom Jahre 1882 bekämpft, welcher zum ersten Mal eine Berufung im eigentlichen Sinne des Wortes einführen sollte"; so Birkmeyer S. 831.

[35]) Ders. a. a. O.

mit Freuden begrüssen, wenn die von ihm gefällten Urteile regelmässig von der höheren Behörde wieder aufgehoben werden.

Durch ein glücklich gewähltes Ersatzmittel würde vor allem die Alternative vermieden, entweder unter Preisgabe der als Garantieen einer gerechten Urteilsfällung anerkannten Grundsätze der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit zu einem schriftlichen Verfahren für die zweite Instanz zurückzukehren, oder aber, bei Aufrechterhaltung jener Prinzipien, ein in vielen, ja wohl den meisten Fällen der materiellen Wahrheit weniger entsprechendes Urteil anstatt eines besseren zu gewärtigen.

Man würde sich damit aber auch die Erfahrungen zu Nutze machen, welche die Einführung der Berufung nach französischem[36]) Vorbild bei uns gebracht hatte. Denn infolge der erkannten Mängel[37]) „wurde[38]) die Berufung in einer Reihe deutscher Staaten teils ganz, teils wenigstens für die Strafsachen mittlerer Ordnung beseitigt[39])", ein Vorgang, der sich auch in den Niederlanden[40]), wie in italienischen Einzelstaaten abgespielt hatte und ebenso in Österreich[41]) zu beobachten ist.

Auch würden so die Erfahrungen berücksichtigt,

[36]) Code art. 172 f., 199 f.

[37]) Vgl. auch v. Schwarze a. a. O. S. 263 im Gegensatz zu S. 265.

[38]) v. Kries S. 648.

[39]) „Die näheren Nachweisungen sind in der Anlage 1 zu den Mot. des Entwurfs einer deutschen St.P.O. S. 11 ff. enthalten". So v. Kries a. a. O. Note 1; vgl. Menzen S. 1.

[40]) Vgl. Ortloff a. a. O. S. 9.

[41]) Vgl. ders. a. a. O. S. 58, 59.

die man mit der ausgedehnten Einführung der Berufung in dem Militärstrafverfahren bei uns in neuester Zeit gemacht hat; denn hier haben sich die hohen Erwartungen, die an diese Regelung geknüpft wurden, nur in geringem Umfang verwirklicht[42]).

Zweifellos würde die Durchführung der obligatorischen Voruntersuchung[43]) dazu dienen, das Tatsachenmaterial, so wie es dem erkennenden Gericht als Grundlage des Urteils vorgelegt werden soll, nach allen Richtungen eingehend zu prüfen und allen Stoff beizubringen, der für und wider die Anklage sich verwerten lässt. Und je sorgfältiger die Vorbereitung erfolgt, je mehr Gewicht auch den entlastenden Momenten beigelegt wird, desto weniger besteht dann ein Bedürfnis, regelmässig dem Angeklagten noch später Gelegenheit zum Vorbringen von neuem Tatsachenmaterial zu verschaffen; in Ausnahmefällen[44]) aber reicht das ausserordentliche Rechtsmittel des Antrags auf Wiederaufnahme des Verfahrens in dem Umfange, wie es jetzt zugelassen[45]) ist, völlig hin,

[42]) Welche fast unüberwindlichen Schwierigkeiten der Beweisführung erwachsen können, zeigte in letzter Zeit besonders der im Instanzenzuge viermal zur Verhandlung gebrachte sog. Gumbinner Mordprozess.

[43]) Dieses Ersatzmittel soll hier etwas näher betrachtet werden, da es in den sonst sehr eingehenden Darstellungen Ortloffs (a. a. O. S. 32) keine besondere Berücksichtigung fand, und doch von so „ausschlaggebender (v. Kries S. 649) Bedeutung" ist, dass „gegenüber diesem Punkt alle übrigen zurücktreten".

[44]) Die Befürchtung, es möchten aus den Ausnahmefällen Regelfälle werden, ist unbegründet; vgl. Motive S. 215, 216 (Hahn III, 1 S. 263).

[45]) §§ 349, 402; vgl. dazu Motive S. 194 (Hahn III, 1 S. 244).

den Einfluss der falschen Urteilsgrundlagen wieder zu heben.

Die Gestaltung des Vorverfahrens lässt so das Recht des Angeklagten, in der regelmässigen zweiten Instanz nova vorzubringen, als wohl entbehrlich erscheinen, ohne dass dadurch seine Rechtsstellung irgendwie ernstlich gefährdet würde. Der Grund also, den die Freunde eine Ausdehnung der Berufung im geltenden Recht vor allem[46]) zur Unterstützung ihrer Forderung ins Feld führen, muss als nicht überzeugend zurückgewiesen werden.

Zudem lehrt die Erfahrung, dass jenes Recht des Angeklagten, soweit es bisher eingeräumt ist, recht häufig zu missbräuchlicher Benützung Anlass gibt, seine Erweiterung schon deshalb als wenig wünschenswert erscheinen muss; denn in vielen Fällen gelingt es dem Angeklagten so, durch Prozessverschleppungen die Beweiskraft einzelner Beweismittel zu mindern oder ihren Verlust sich zu Nutze zu machen.

Auf der anderen Seite[47]) kann aber auch wieder einem als novum für sich allein vorgebrachten Beweismittel gerade dadurch, auf Kosten einer gerechten Beurteilung, der Anschein einer besonderen, die Entscheidung, notwendiger Weise beeinflussenden Wichtigkeit beigelegt werden, der ihm bei sofortigem Vorbringen neben den anderen Beweismitteln sicher ermangelt hätte.

Die Absicht, in der obligatorischen Voruntersuchung ein Ersatzmittel für die Berufung in Strafkammersachen zu bieten, wird umso sicherer erreicht,

[46]) Vgl. v. Schwarze a. a. O. S. 244.
[47]) Vgl. v. Kries S. 648.

wenn dem Beschuldigten schon in diesem Stadium[48]) ein obligatorischer Verteidiger[49]) zur Seite steht.

Freilich möchte es sich nicht empfehlen[50]), den Ankläger und Angeklagten schon hier mit Parteirechten einander gegenübertreten zu lassen, vielmehr muss die inquisitorische Tätigkeit des Untersuchungsrichters voll gewahrt bleiben. Aber beide künftige Parteien sollen im stande sein, zu der Sammlung des Entscheidungsstoffes auch ihrerseits beizutragen, besonders dem Angeklagten soll die Möglichkeit geboten werden, dem „Für" — den gegebenen Verhältnissen entsprechend — ein möglichst gleich[51]) starkes „Wider" entgegenzusetzen.

Zu diesem Zwecke möchte auch die Gewährung rechtlichen Gehörs „beider[52]) Teile vor dem Untersuchungsgericht und gleichmässige Gestattung der Beschwerde gegen den Gerichtsbeschluss" fördernd beitragen. So müssten zweifellos die Klagen verstummen, dass das Vorverfahren „die[53]) Interessen des Angeklagten zu wenig berücksichtige, gleichwohl aber die Unterlage für die Anklageschrift, den Eröffnungsbeschluss und die Hauptverhandlung bilde".

Indes sprechen so gewichtige Gründe[54]) gegen

---

[48]) Über das englische Recht S. 15 dies. Abh.

[49]) Vgl. dazu Ortloff a. a. O. S. 44, 45; öst. § 45 I.

[50]) Über die zu befürchtenden Nachteile vgl. S. 112 dies. Abh.

[51]) Ortloff a. a. O. S. 45 befürwortet, dass „neben der Staatsanwaltschaft eine Offizialverteidigung als staatliche Behörde oder aus der Rechtsanwaltschaft als Gesellschaftsvertretung behördlich organisiert eingerichtet" werde.

[52]) Ortloff a. a. O. S. 42.

[53]) Ders. a. a. O.

[54]) S. 113, 114, dies. Abh.; ferner Ortloff a. a. O. S. 38.

Neuerungen in dieser zuletzt besprochenen Richtung, dass von ihnen ebenso unbedingt Abstand genommen werden muss, als die Einführung der obligatorischen Voruntersuchung mit obligatorischer Verteidigung als ein treffliches Ersatzmittel für die Berufung in Strafsachen anzusehen ist.

„Die[55]) übrigen Garantien für den Wegfall der Berufung treten hinter die“ durch Einführung einer obligatorischen Voruntersuchung und obligatorischen Verteidigung gewährten „erheblich zurück“, wenn es auch gewiss kein[56]) „Irrtum ist, zu glauben, dass z. B. die Besetzung[57]) des Gerichtshofs, das Erfordernis einer bestimmten Majorität (§ 307 II[58])) oder der Einstimmigkeit für die Verurteilung — wenigstens neben sonstigen Garantieen — als Ersatz für die Berufung in Betracht kommen“ kann.

Ist nun aber dafür hinreichend Sorge getragen, dass dem Urteil erster Instanz der Entscheidungsstoff so vollständig vorgelegt wird, als er sich nur eben beibringen lässt, so bleibt kein Raum für die Forderung, die tatsächlichen Grundlagen einer nochmaligen Prüfung zu unterstellen. Zugleich ist so, für die Regel, das Recht[59]) des Angeklagten leicht entbehrlich geworden, Neues zu seiner Verteidigung vor-

[55]) Ders. a. a. O. S. 45; vgl. hiezu die Ausführungen daselbst S. 23, 45 f; bezügl. des dem Angeklagten in § 264 IV eingeräumten Rechts vgl. Hedinger S. 70, 71.

[56]) A. M. v. Kries S. 649; richtiger Ansicht bes. Glaser und Mittermaier bei Ortloff a. a. O. S. 10 Fussnote; ebenso Ortloff a. a. O. S. 16.

[57]) Öst. § 13 II.

[58]) Öst. § 329; Code art. 347.

[59]) Vgl. S. 134 dies. Abh.

bringen zu können; den Ausnahmefällen aber wird in §§ 399—413 Rechnung getragen.

Durch diese Vorkehrungen ist jedoch noch keine Bürgschaft dafür gegeben, dass nicht Rechtsirrtümer bei Anwendung des Gesetzes zu ungerechten Urteilen führen. Mögen nun auch Garantieen, die in das Verfahren erster Instanz gelegt[60]) sind, dazu beitragen, solche Irrtümer seltener erscheinen zu lassen, sie werden für sich allein nicht ausreichende Gewähr für eine irrtumslose Rechtsprechung bieten können. „Mit[61]) Recht wird es" daher „als eine Forderung der Gerechtigkeit bezeichnet, dass ein Urteil durch ein Rechtsmittel anfechtbar sein müsse, weil selbst in dem denkbar besten Verfahren und auch bei dem denkbar besten Willen aller zur Mitwirkung in demselben berufenen Personen die Möglichkeit eines Irrtums nicht ausgeschlossen werden" könnte.

Bei der Zulassung eines nur zur Würdigung der rechtlichen Gesichtspunkte führenden Rechtsmittels, die sich so als unumgänglich nötig erweist, müssen dann aber auch naturgemäss die Bedenken insgesamt wegfallen, die gegen ein die Tatfrage berührendes Rechtsmittel sich unabweislich erheben. Ist doch hier der höhere Richter nicht genötigt, die Tatfrage auf Grund einer minder zuverlässigen neuen Beweisaufnahme zu beurteilen, oder die Wahrnehmungen des früheren Richters aus einem Protokoll kennen zu lernen und so für seine Beurteilung zu verwerten.

Freilich führt ein solches Rechtsmittel seinem

---

[60]) Z. B. Kollegialsystem, formelle Verteidigung u. dgl.; dazu Munckel S. 9.

[61]) Motive S. 193 (Hahn III, 1 S. 243).

innern Wesen nach[62]) dazu, dass die Grundsätze der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit in diesem Verfahren nur wenig Raum finden. Dass jedoch die Revisionsinstanz ihrer gar wohl entraten kann, wurde bereits[63]) dargelegt. Die im Anschluss an diese Erörterungen aufgeworfene Frage[64]) aber, ob ein solches Abgehen von jenen Prinzipien im ganzen[65]) zweckentsprechend sei, erledigt sich nach den bisherigen Ausführungen von selbst, da ein zur Nachprüfung der rechtlichen Fragen führendes Rechtsmittel sich als unbedingt nötig erweist, und zugleich diese Regelung des Instanzenzuges allein zu brauchbaren Erfolgen führt.

Als Resultat unserer Ausführungen über die Rechtsmittelfrage in Strafkammersachen dürfte sich ergeben: Statt der von vielen Seiten geforderten Zulassung einer Nachprüfung der tatsächlichen Urteilsgrundlagen in höherer Instanz empfiehlt es sich, die Garantieen für eine erschöpfende Verwertung des Tatsachenmaterials schon in der ersten Instanz zu verstärken, dagegen zwecks Erzielung einer von Rechtsirrtümern möglichst freien Rechtsprechung die rechtliche Nachprüfung in der oberen Instanz beizubehalten.

---

[62]) Vgl. S. 116 dies. Abh.

[63]) S. 117 a. a. O.

[64]) S. 119 a. a. O.

[65]) Ein Eingehen auf die Frage nach dem Bedürfnis von Verbesserungen unserer Revision in einzelnen Punkten (vgl. z. B. Binding S. 251) liegt ausserhalb des Rahmen dieser Abhandlung. Reformvorschläge bei Menzen S. 27 f., Ortloff a. a. O. S. 62 f.; sehr beachtenswert Lobe (Eine Lehre des Leipziger Bankprozesses in strafprozessualer Hinsicht) in „Das Recht“ VI. Jahrgang, N. 23, S. 580 f.

§ 30.

IV. Das Prinzip der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit in der Hauptverhandlung der Berufungsinstanz des geltenden Rechts.

Das geltende Recht (§§ 211 II [1]), 354) lässt eine tatsächliche Nachprüfung seitens eines oberen Gerichts nur gegenüber Urteilen der Schöffengerichte und des Amtsrichters zu. Begreiflicherweise konnte sich der Gesetzgeber gelegentlich dieser Regelung nicht dazu entschliessen, dem Berufungsrichter den Entscheidungsstoff durch Protokolle zu vermitteln, also einem rein schriftlichen Verfahren sich wieder zuzuwenden, er verlieh vielmehr den Grundsätzen der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit auch in der zweiten Instanz Geltung, ohne sie jedoch mit voller Konsequenz durchzuführen.

Es macht sich eben hier, wie in anderen Beziehungen, „die [2]) Erscheinung geltend, . . . dass das Gesetz, nachdem es für Erreichung der materiellen Wahrheit schon in erster Instanz alle Fürsorge getroffen hat, auf den Forderungen jenes Prinzips in der zweiten Instanz nicht mehr mit der ganzen Strenge bestehen zu müssen glaubte."

Was nun einmal das Erfordernis der Anwesenheit der Parteien zur mündlichen Verhandlung anlangt, so gelten für die klagverfolgende Partei dieselben Regeln, wie in der ersten Instanz; für den Beklagten aber ist der Kreis der Ausnahmen erweitert.

---

[1]) Für das Landesrecht vgl. E.G. St.P.O. § 3 III.

[2]) Birkmeyer S. 106.

Zu den für die erste Instanz erwähnten[3]) Einschränkungen des Grundsatzes, die auch in der zweiten gelten, treten nämlich noch die Vorschriften des § 370[4]) hinzu, wonach bei nicht genügend entschuldigtem Ausbleiben des Angeklagten oder eines Vertreters, soweit dieser überhaupt mit Wirksamkeit für jenen erscheinen kann[5]), die von dem Angeklagten eingelegte Berufung „sofort[6]), d. h. ohne dass der Berichterstatter[7]) gehört wird, oder sonstige Prozeduren vorgenommen werden", durch Urteil verworfen[8]). „Es[9]) findet hier eine Art von Versäumnisverfahren im Strafprozess statt," welches umsomehr gerechtfertigt erscheinen muss, da der auf freiem Fuss befindliche Angeklagte in der Ladung auf die Folgen des Ausbleibens ausdrücklich[10]) hinzuweisen ist (§ 364).

War das Rechtsmittel aber von der Staatsanwaltschaft eingelegt worden, so liegt es in dem Ermessen des Gerichts, ob in Abwesenheit des Angeklagten verhandelt, oder seine Vorführung oder Verhaftung angeordnet werden soll.

Um Unbilligkeiten zu vermeiden, räumt § 370 II dem Angeklagten das Recht ein, binnen einer Woche nach der Zustellung des Urteils die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand[11]) zu beanspruchen.

[3]) S. 52 f. dies. Abh.

[4]) Anders öst. § 471 III.

[5]) Gemäss § 233 in den Fällen der §§ 230 II, 231, 232, 427.

[6]) v. Schwarze a. a. O. S. 274.

[7]) Vgl. Bennecke S. 746 Note 13.

[8]) Eine ähnliche Bestimmung enthält Code art. 188 I.

[9]) Bennecke S. 746.

[10]) Vgl. S. 55 dies. Abh

[11]) Vgl. S. 62 a. a. O.

Hatte der gesetzliche Vertreter oder der Ehemann statt der verurteilten Person von dem Rechtsmittel Gebrauch gemacht, so muss auch diese selbst zu der Hauptverhandlung vorgeladen werden (§ 371). Ist dann „weder[12]) der Beschwerdeführer noch der Angeklagte in der Hauptverhandlung erschienen, so ist ebenfalls die Berufung sofort zu verwerfen".

Ist jedoch „zwar[13]) der Beschwerdeführer ausgeblieben, der Angeklagte selbst oder ein Vertreter aber erschienen", so darf „die Berufung nicht sofort verworfen" werden; „denn es ist davon auszugehen, dass die Berufung seitens der in § 340 Genannten immer zugleich im Interesse des Angeklagten eingelegt ist". Wenn endlich „der[14]) Beschwerdeführer erschienen, der Angeklagte aber ausgeblieben ist, so kann nach dem Ermessen des Gerichts ohne den Angeklagten verhandelt, oder dessen zwangsweise Vorführung (nicht Verhaftung) angeordnet werden".

Als ein Abgehen von dem Satze, dass nur die mündliche Verhandlung Urteilsgrundlage sei, kann es nicht bezeichnet werden, dass zu Beginn der Hauptverhandlung ein Berichterstatter[15]) über die Ergebnisse des bisherigen Verfahrens einen Vortrag hält, gelegentlich dessen das Urteil erster Instanz zu verlesen ist (§ 365 I). Denn „dieser[16]) Vortrag infor-

---

[12]) Birkmeyer S. 706; vgl. auch Bennecke S. 747, 748, Loewe S. 803 (Note 1 zu § 371), Stenglein, Kommentar S. 558, 559 (Note 1 zu § 371), ders. Lehrbuch S. 390.

[13]) Bennecke S. 747.

[14]) Birkmeyer a. a. O.

[15]) „Schriftlicher Vortrag" nach öst. § 472 II; „rapport" nach Code art. 209.

[16]) Birkmeyer a. a. O ; vgl. auch ders. S. 530.

miert“ nur „die Anwesenden über den dermaligen Stand der Sache und erfüllt so die nämliche Funktion wie die Verlesung des Eröffnungsbeschlusses in der Hauptverhandlung erster Instanz“; er bezweckt „die[17]) Bezeichnung des Gegenstandes der Verhandlung, der Richtung, in welcher das Rechtsmittel eingelegt ist“.

„Diese[18]) Berichterstattung muss“ nun „wohl getrennt werden von der Beweisaufnahme“, wie die Fassung des § 365 II deutlich zu erkennen gibt[19]). Daraus folgt aber unbestreitbar, dass „der[20]) Inhalt der bei der Berichterstattung verlesenen Schriftstücke für das Urteil“ als Grundlage nicht[21]) verwertet werden darf.

Hiezu dient vielmehr, neben dem durch das Verhandeln[22]) der Parteien beigebrachten Stoffe, die an den Vortrag sich anschliessende Beweisaufnahme.

Für die Frage, inwieweit dabei Schriftstücke verlesen werden dürfen, sind die Bestimmungen der §§ 248—255 in dieser Instanz ebenfalls massgebend[23]);

[17]) Ullmann deutsch S. 594.

[18]) Birkmeyer S 706; vgl. auch Ullmann a. a. O.

[19]) Vgl. v. Kries S. 655.

[20]) Birkmeyer a. a. O. K. 41.

[21]) A. M. Loewe S. 792 (Note 2d zu § 365) und v. Schwarze a. a. O. S. 279; die Begründung des letzteren Schriftstellers (a. a. O. Note 2): „Nach der (seiner eigenen) entgegengesetzten Meinung würden Schriftstücke zur Kenntniss des erkennenden Kollegii gebracht werden können, ohne dass letzteres auf sie Rücksicht nehmen dürfte, was thatsächlich unmöglich ist“, kann als keine glückliche bezeichnet werden; auch auf privates Wissen darf der Richter sein Urteil nicht gründen, ohne dass ihm hiemit etwas tatsächlich Unmögliches aufgebürdet würde.

[22]) Öst. § 473 II, III; Code art 210.

[23]) Vgl. Birkmeyer S. 530, v. Schwarze a. a. O. S. 277, v. Kries S. 656, 657; ders „Die Rechtsmittel des Civilprocesses

doch kann die Verwertung von Protokollen über bereits gemachte Aussagen, der Natur eines zweiten Verfahrens entsprechend, in weiterem Umfang erfolgen[24]). „Mit[25]) Zustimmung der beiden Parteien" nämlich „dürfen alle Protokolle über Aussagen der in der Hauptverhandlung erster Instanz vernommenen[26]) Zeugen und Sachverständigen verlesen werden"; dieselben Protokolle auch ohne Zustimmung der beiden Parteien „dann, wenn die Vorladung" jener „auf Grund des § 364 II berechtigter Weise unterblieben war".

Hatte aber „der Angeklagte rechtzeitig vor der Hauptverhandlung die wiederholte Ladung eines solchen Zeugen oder Sachverständigen beantragt, das Gericht" hingegen „auf Grund des § 364 II die Ladung abgelehnt, weil die wiederholte Vernehmung ... zur Aufklärung der Sache nicht erforderlich erscheine", dann dürfen die Protokolle nicht verlesen werden[27]), falls sich „in der Berufungsinstanz die Aussage des Be-

---

und des Strafprocesses" S. 113f., Stenglein, Lehrbuch S. 387, ders. Kommentar (Note 2 zu § 366) S. 553, Bennecke S. 742 Note 22. A. M. Geyer S. 810, Ullmann, deutsch S. 594, 595, Ortloff a. a. O. S. 26.

[24]) Gleichwohl „mahnt Loewe (S. 766 Note 3a) mit Recht die Richter und die staatsanwaltschaftlichen Beamten, den Grundsatz der Mündlichkeit hoch zu halten und sich bewusst zu bleiben, wie trügerisch oft die Eindrücke sind, die beim Lesen der Acten und zumal mangelhaft redigierter Sitzungsprotokolle gewonnen werden." So Geyer S. 810.

[25]) Birkmeyer S. 530, 531.

[26]) Code. art 175 bestimmt: Auf Verlangen des procureur du roi oder einer der Parteien werden die Zeugen wiederum vernommen, und ebenso können auch neue vernommen werden.

[27]) Es sei denn mit Zustimmung beider Parteien.

treffenden doch noch als wichtig erweist . . . In diesem Fall muss vielmehr unter Vertagung der Hauptverhandlung die Ladung der betreffenden Personen behufs mündlicher Vernehmung erfolgen[28])".

Im übrigen finden die Grundsätze der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit samt ihren Konsequenzen auf den Aufbau des Verfahrens in gleichem Umfang Anwendung, wie in der ersten Instanz.

---

[28]) Vgl. Ortloff a. a. O. S. 27.

Schlusswort.

Die Betrachtung der Anwendung der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit im geltenden Recht muss uns, im Zusammenhang mit der Würdigung der geschichtlichen Entwickelung, welche der Strafprozess gerade mit Rücksicht auf jene Grundsätze durchlaufen hat, klar zum Bewusstsein bringen, welchen Fortschritt auf dem keineswegs mühelosen Wege zur Erzielung einer über Mängel und Schwächen möglichst erhabenen Strafrechtspflege ihre Einführung bedeutet.

Die Mängel des geltenden Rechts aber, auf die hinzuweisen sich da und dort Anlass bot, müssen uns lehren, dass das erstrebte Ziel einer möglichsten Vollkommenheit noch lange nicht erreicht ist.

Dass es hiezu vielmehr noch mannigfacher Verbesserungen in einzelnen Punkten, wie auch eingehender Reform im ganzen bedarf, darüber lässt die herbe Kritik gewiss keinen Zweifel, die John[1]) an dem geltenden Prozessrecht übt.

Und wie sehr neben den Vertretern der Theorie auch die Praktiker die Notwendigkeit derartiger Reformbestrebungen anerkennen, das zeigt deutlich die Bemerkung des Reichsgerichts-Senatspräsidenten Dr. Freiherr v. Bülow in der Festgabe der „Deutschen Juristenzeitung“ zum 26. Deutschen Juristentag, die

[1]) II S. 190f.

Revision unseres Strafprozesses bilde zur Zeit eine weit wichtigere und dringendere Aufgabe für die Gesetzgebung, als die Revision selbst des Strafgesetzbuches.

In dieser Erkenntnis hat denn auch die genannte Versammlung beschlossen, von dem Antrage des Geh. Justizrats Professor Dr. Kahl-Berlin den Passus zu streichen, dem Gesetzgeber sei zu empfehlen, dass die Strafprozessreform im ganzen bis nach geschehener Revision des Strafgesetzbuchs zurückgestellt werde.

Welche Bedeutung aber dieser Resolution beizulegen ist, erhellt daraus, dass eben jetzt fast einstimmig und dringender denn je eine eingehende Reform gerade dieses Gesetzgebungswerkes gefordert wird.